

**Axel Montenbruck**

# **Deutsche Straftheorie**

**Ein Lehrbuch**

2. ergänzte Auflage, 2017/18



veröffentlicht im Open Access der Freien Universität Berlin  
Online ISBN 978-3-96110-056-9

Axel Montenbruck, Dr. iur. habil. (Straf- und Strafverfahrensrecht, Rechtsphilosophie, Rechtsanthropologie), Professor am Fachbereich Rechtswissenschaft der Freien Universität Berlin.

Weitere Schriften zum Sanktionenrecht:

*Strafrahmen und Strafzumessung*, Duncker & Humblot, 1983, 269 S.

*Abwägung und Umwertung. Zur Bemessung der Strafe für eine Tat und für mehrere Taten*, Duncker & Humblot, 1989, 145 S.

*Strafrechtsphilosophie (1995-2010). Vergeltung, Strafzeit, Sündenbock, Menschenrechtsstrafe, Naturrecht*. Chinesische Übersetzung von Yan Xie, (3. Auflage, zweisprachig 2013, 134 S., XII, 180 S.), Freie Universität Berlin, open access (auch gedruckt).

*Humanes Strafrecht: Wesen, Geständnis und Versöhnung*, als 2. Teilband, S. 207 – 426, von: *Zivile Versöhnung. Ver-Sühnen und Mediation, Strafe und Geständnis, Gerechtigkeit und Humanität aus juristischen Perspektiven* (5. erweiterte Auflage, 2016, 639 S.), Schriftenreihe Zivilreligion. Eine Rechtsphilosophie als Kulturphilosophie II – Grundelemente, Freie Universität Berlin, open access (auch gedruckt), ISBN 978-3-946234-50-0.

# Inhaltsverzeichnis

Inhaltsverzeichnis .....	3
Vorwort zur ersten und zweiten Auflage.....	6
<b>Allgemeiner Teil .....</b>	<b>9</b>
1. Kapitel .....	10
Kultur und Herkunft der Vereinigungstheorie .....	10
I.    Einführung: Bedeutung, Vernunftbezug, Vagheit der Leitbegriffe, Verbindung mit Staat und Recht, Strafbegriff der Straftheorie .....	10
II.   Bundesverfassungsgericht: eine Frage der Kultur, der Willensfreiheit und der Tradition („althergebrachte Strafen“).....	15
III.  Zur langen Geschichte der Vereinigungstheorie .....	20
IV.  Herkunft und kurze Deutung des deutschen Strafrechtssystems .....	25
2. Kapitel .....	30
Gründungsväter der Vereinigungstheorie .....	30
I.    Absolute Straftheorien (Kant, Hegel) und deren relative Elemente .....	30
II.   Relative Straftheorien (Feuerbach, Liszt) und ihre absoluten Elemente; These: Gemeinsames von Kant bis Liszt .....	40
III.  Dogmengeschichtlicher Hintergrund: Naturrecht und Gesellschaftsvertrag, Staats- und Friedensidee .....	50
3. Kapitel .....	53
Gegenwärtige Vereinigungstheorie und Sonderlehren .....	53
I.    Vereinigungstheorie in der Fassung des Bundesverfassungsgerichtes, Verankerung in Strafrechtspraxis und Strafgesetzbuch .....	53
II.   Gemeinsames: gesetzlich bestimmte Tatbestände und das Bürgerschutzstrafrecht; Arten der Vereinigungstheorie, Reduktion auf Straftheorie .....	61
III.  Sonderlehren: Selbstkorumpierung (Köhler), Loyalitätsverweigerung (Pawlik), Anerkennungslehre (Seelmann), Feindstrafrecht (Jakobs), <i>défense sociale</i> /difesa sociale (Ancel, Gramatica), liberales Bürgerkriegsmodell, Abolitionismus, Legitimation durch Verfahren (Luhmann) .....	67
4. Kapitel .....	74
Strafe-Tat-Täter-Mensch .....	74
I.    Beziehung von Tatumrecht und Menschenstrafe, Schuldbegriffe, Handlung, Zurechnung, Täterschaft .....	74
II.   Strafzumessungsperson, prozessualer Tatbegriff, Oberbegriffe: Bewertungsnorm und Verbrechen .....	92
III.  Nachbetrachtungen: Drei Handlungslehren, personale Rollen und Menschenwürde, Menschsein und Laiensicht.....	95
<b>Besonderer Teil .....</b>	<b>104</b>
5. Kapitel .....	105
Grundkonsens und Widersprüchlichkeit der Vereinigungstheorie .....	105
I.    Dogma und Evidenz der Notwendigkeit zu Strafen; zur Unvereinbarkeit der drei Strafbegründungen .....	105

II.	Trennung von Strafgrund und Strafzweck, von Rechtfertigung, Wesen und Zweck der Strafe .....	113
III.	Trennung nach Gesetz, Urteil und Vollzug; drei Sichtweisen auf die Vereinigungstheorie .....	120
6. Kapitel .....		124
Allgemeine Generalprävention I: Darstellung und Kommentierung .....		124
I.	Verbund von Sozialschadens- und Rechtsgutslehre; Feindstrafrecht und „Strafrecht dient dem Rechtsgüterschutz“ .....	124
II.	Verletzung des Achtungsanspruchs, Strafe und Kommunikation, expressiver Charakter des Strafens .....	138
7. Kapitel .....		147
Allgemeine Generalprävention II: Fortentwicklung .....		147
I.	These: Rechtsstaats- und Gerechtigkeitsidee als Strafpflicht .....	147
II.	Schutzidee und Selbsterhaltung, utilitaristische Strafbegründung über Güterabwägung; Begrenzung der Strafe über die absolute Menschenwürde .....	154
8. Kapitel .....		162
Positive und negative General- und Individualprävention.....		162
I.	Positive und negative Generalprävention: Strafen zur „Erhaltung der Rechtstreue der Allgemeinheit“, Selbstjustiz, Strafbedürfnis und Vertrauen .....	162
II.	Einzelnes: Integrationsprävention, Allgemeinheit, Verfassungsmäßigkeit, Tatgeneigtheit, Staat ohne Strafe? .....	166
III.	Individualprävention: Gefahrenabwehr, Rückfallvermeidung, Resozialisierung .....	177
9. Kapitel .....		181
Grund, Umsetzung und Kritik der präventiven Strafbegründungen.....		181
I.	Sozialpflichtigkeit des Menschen; Ausgliederung von Maßregeln und Jugendstrafrecht, sozialer Schuldbegriff .....	181
II.	Diskussion der präventiven Wirksamkeit des Strafens .....	185
III.	Begriffswelten von Prävention und Repression (Niggli), reine Verhältnismäßigkeit im Präventionsstrafrecht (Kaspar) oder Schuldangemessenheit als Verhältnismäßigkeit (BVerfG) .....	193
IV.	Präventiven Strafbegründungen: Kritik und Replik.....	198
10. Kapitel .....		205
Thesen: Individuelle Schuld und gerechter Ausgleich I.....		205
I.	Trennung und Konkordanz von mildernder Schuld (Art. 1 I GG) und strafbegründender Gerechtigkeit (Art. 20 GG).....	205
II.	Staatliche Strafe und autonome Einwilligung in das Strafrisiko.....	213
III.	Dreistufige gerechte Strafbegründung: legale, schuldgerechte und zugeteilte Strafe .....	218
IV.	Vorzüge der Schuldidee: Wahrheitserforschungspflicht und Individualisierung, und Auswirkungen auf den Tatbegriff .....	230
V.	Sinn und Kritik der gesonderten Strafbemessungsschuld (Tatschuld plus Vorstrafen und Geständnis).....	233
11. Kapitel .....		237
Thesen: Individuelle Schuld und gerechter Ausgleich II.....		237
I.	Strafen als Gerade-Richten, Ausgliederung des Bußgeldes; Kritik des Vergeltungsgedankens und Ergänzung durch mildernde Humanität .....	237

II.	Schuld Kritik ohne Willensfreiheitsdilemma: nur höchstpersönliche Sühne als Folge der Schuld, nur Rekonstruktion der individuellen Schuld, Ausblendung fremder Mitverantwortung .....	245
III.	Weitere Gerechtigkeitskritik: unzulässige Metaphysik, bloße blinde Reaktion, gleich dem Täter, hohes Dunkelfeld und selektives Strafen .....	251
IV.	Wider die These, nur der Tatschuldausgleich erlaube eine abgestufte Strafzumessung: dreifaltiges Verschulden von Taten, von Gefahren, von Erschütterung der Rechtstreue .....	255
<b>Fundamentaler Teil .....</b>		<b>260</b>
<b>12. Kapitel .....</b>		<b>261</b>
<b>Kernproblem der Schuldstrafe: Nichtnachweisbarkeit der Willensfreiheit .....</b>		<b>261</b>
I.	Grundfragen: Arten der Willensfreiheit, Dilemma der Nichtnachweisbarkeit, Beweislast .....	261
II.	Ein Dutzend Bekenntnisse zur Willensfreiheit .....	272
III.	Person, Zurechnung und Motivierbarkeit statt Schuld und Willensfreiheit (Lesch, Schünemann, Roxin, Merkel, Jakobs, Günther) .....	279
<b>13. Kapitel .....</b>		<b>286</b>
<b>Determinismus und Strafe .....</b>		<b>286</b>
I.	Kritik an Metaphysik und deterministische Alternativen (Baurmann, Kargl, Dux, Herzberg, Schiemann, Hörnle, Pauen) .....	286
II.	Neurophilosophie und deren Kritik: Unberechenbarkeit von komplexen Systemen, Gefahr des Naturtotalitarismus (Fischer), Aufbau schuld analoger Erwartungssysteme .....	295
III.	Vermittelnde Sicht: Reduktion der Komplexität und Selbstorganisation, Keils Grundfähigkeiten, symbolische Kultur (Cassirer, Lenk) als Illusion .....	302
<b>14. Kapitel .....</b>		<b>308</b>
<b>Schluss .....</b>		<b>308</b>
I.	Kulturelle Fiktion genügt .....	308
II.	Schuldstrafe als nationale Ausprägung, eine relativ beste Vereinigungstheorie .....	311
<b>Namensverzeichnis .....</b>		<b>317</b>
<b>Literaturverzeichnis .....</b>		<b>326</b>

## Vorwort zur ersten und zweiten Auflage

Gegenstand dieser Schrift bildet das staatliche Strafrecht in Deutschland und mit ihm die Grundfrage: Mit welchen guten Gründen rechtfertigen wir das Strafen?

Wer nach „Sinn und Zweck“ des Strafens fragt, der stößt in Deutschland alsbald auf die dreifaltige und als solche noch vage *Vereinigungstheorie*. Sie und ihre Probleme stehen deshalb im Mittelpunkt. Sonderlehre sind ebenfalls vorzustellen.

Die deutsche Straftheorie hat sich zumindest mit *Feuerbach* ab etwa 1800 entwickelt und die nachfolgenden deutschen Strafgesetzbücher erheblich mitgeprägt. Es ist vor allem die Theorie der deutschen Strafrechtswissenschaft, die sich ihr Strafrecht miterschaffen und mit den Ideen von *Liszt* danach noch kräftig fortgeschrieben hat.

Das Verhältnis zur Verfassung erweist sich als ambivalent und auf gleicher Augenhöhe. Denn das *Bundesverfassungsgericht* greift die strafrechtlichen Lehren einerseits auf. Es will keine eigenen Lehren entwickeln. Andererseits sieht es das Schuldprinzip als Teil des deutschen Verfassungsrechts und deckelt die lebenslange Strafe mithilfe der Menschenwürde. Die Frage der Schuld aber, und übrigen auch die Idee der Menschenwürde, ist mit dem *Dilemma* verbunden, die *Willensfreiheit* nicht nachweisen zu können.

Nachfolgend sind überwiegend die Vorgaben eingehalten, die das *Bundesverfassungsgericht* zu „Verfassungsidentität“ zählt (Art. 1, 20, 79 III GG). Auch wegen dieser Selbstbegrenzung handelt es sich um eine vor allem „*Deutsche Strafrechtstheorie*“.

Einige strafrechtsphilosophische Ansätze, also solche Sichtweisen auf das Strafen, die zuvor eine *gesonderte Rechtsphilosophie* entwickelt haben, sind etwas ausführlicher als Teilband in einer anderen Schrift erörtert und unter dem Titel „*Humanes Strafrecht: Wesen, Geständnis und Versöhnung*“ mit abgehandelt. In jener Schrift habe ich unter anderem versucht, das Strafrecht einschließlich seiner prozessualen und vollstreckungsrechtlichen Angebote einmal anders zu ordnen und unter der zivilen Über-Idee des „Ver-Sühnens“ zu deuten.

Zwei eigentlich naheliegende Fragen sind ausgespart, weil sie traditionell nicht zur Suche nach Sinn und Zweck des Strafens im engeren Sinne zählen: Was denn „Strafe“ meint und was die typischen Probleme einer „Theorie“ sind. Über die Definitionen der Strafe ist jedoch ebenfalls das Nötige im oben genannten

Teilband ausgeführt. Eines der Probleme einer jeden grauen Theorie, sich von der bunten Praxis zu trennen, hat dagegen schon die Vereinigungstheorie auf ihre Weise gelöst. Sie bündelt und offeriert gleich drei große Ansätze. Ihre Vertreter kennen deren Traditionen, leben mit deren Widersprüchen und Schwachstellen. Sie wissen aber auch alle drei Denkweisen an bestimmten Stellen im Strafrecht gesetzlich verankert.

Diese Eigenheiten und ihre vor allem strafrechtswissenschaftlichen Erörterungen gilt es zu verdeutlichen. Insofern handelt es sich eher um ein Lernbuch. Manche längeren Zitate sollen auch nicht nur das Nachschlagen ersparen, sondern dienen auch dazu, die Autoren sich mit ihren eigenen Worten erklären zu lassen. Im Hinblick auf die eigenen Deutungen und Thesen ist zudem ein echtes Lehrbuch versucht.

Da das strafrechtliche Sanktionsrecht schon seit einigen Jahrzehnten zu den besonderen Interessengebieten des Autors gehört, handelt es sich gelegentlich auch um einen entsprechend weiten Rückblick. Zugrunde liegt ein unveröffentlichter Text aus dem Jahre 2006. Ihn habe ich seinerzeit für den Unterschwerpunkt des „*Sanktionenrechts*“ zusammengestellt und nun noch einmal gründlich überarbeitet.

Eine kurze vorzügliche und klassische Zusammenfassung bietet *Uwe Murmann* in seinem Grundkurs (2015), § 8. *Tatjana Hörnle* beschreibt ebenfalls recht griffig und mit eigenen Akzenten die „Straftheorien“ (2011). Eine große Darstellung mit sozialphilosophischem Hintergrund bieten *Hassemer/Neumann* (Vor § 1 StGB, Nomos Kommentar, 2017), die den Weg der Kommentierung wählen.

Mein Anliegen ist es hingegen, die hochabstrakte „Straftheorie“ als *Einheit* zu betrachten und sie zudem mit der *Gesetzeslage* und der *Praxis* zu verbinden. Ein praxisnahes Lehrbuch erlaubt dies alles.

Für das besonders mühevollen Lektorat möchte ich mich bei Frau Ass. iur. *Susanne Dembour* recht herzlich bedanken. Herr Rechtsanwalt *Maximilian Montenbruck* hat mich auch bei dieser Schrift geduldig informationstechnisch unterstützt.

Die zweite Auflage enthält einige Nachträge, unter anderem zum Präventionsstrafrecht und zur Willensfreiheit.

*Axel Montenbruck*, Berlin im Dezember 2017





## **Allgemeiner Teil**

# 1. Kapitel

## Kultur und Herkunft der Vereinigungstheorie

### I. Einführung: Bedeutung, Vernunftbezug, Vagheit der Leitbegriffe, Verbindung mit Staat und Recht, Strafbegriff der Strafrechtstheorie

Den Sinn und Zweck der nachfolgenden Deutschen Strafrechtstheorie umreißt die schlichte Kernfrage: Inwieweit ist die strafweise Gefangenhaltung von Menschen durch Menschen in unserem demokratischen Rechtsstaat überhaupt vernünftig zu begründen?

Im Mittelpunkt der Strafrechtstheorie steht das Nachdenken über „Sinn und Zweck der Strafe“; das Recht dazu und auch der Rechtsstaat gehören eher, aber nicht nur, zum Fundament. Zu ihm zählt auch aufklärerische Grundidee von der Vernunft, mit der wir überhaupt nach guten Gründen suchen.

Das deutsche Strafrecht bildet Grundlage und zugleich den Gegenstand einer auch (selbst)-kritischen Betrachtung. Sein Hauptgegenstand ist das Strafgesetzbuch, das die deutsche *Strafrechtswissenschaft* selbst mit entwickelt hat. Denn ausgearbeitet und gepflegt wird die deutsche Strafrechtstheorie von der deutschen *Strafrechtswissenschaft* vereinfacht seit 1800 und mit *Feuerbach*.<sup>1</sup>

Vor allem drei, folglich deutsch eingefärbte Begründungsstränge und auch ihre vielfachen Mängel sind zu beleuchten. Gebündelt, mit welchem Schwerpunkt auch immer, heißen sie die *Vereinigungstheorie*. Diese pragmatische Lehre vereint die großen Ideen der (sozialen) *Generalprävention*, der (empirischen) *Individualprävention* und des (ethischen) *Tatschuldausgleichs* und sie hat damit zu umzugehen, dass sie von vielen Seiten heftiger und durchaus einsichtiger Kritik ausgesetzt ist.

*Bedeutung.* Die „Strafrechtstheorie“ steht bei der *Auslegung* und bei der *Neufassung* einzelner Normen stets im Hintergrund. Sie kennzeichnet das Grundverständnis des Strafgesetzbuches, und zwar vor allem in teleologischer und historischer Weise. Insofern könnte man auch nicht nur von einer „Strafrechtstheorie“, sondern von einer „*Strafrechtstheorie*“ sprechen - wäre damit nicht auch die Rechtstheorie mit gemeint.

---

<sup>1</sup> Feuerbach, „Lehrbuch des gemeinen in Deutschland geltenden Peinlichen Rechts“ (gemein meint allgemein), 1801. Es gab damals nur selbstständige deutsche Länder mit eigenen alten Strafrechtssystemen, aber einen wachsenden auch national eingefärbten Rechtsidealismus; Vormbaum, Einführung, 2015 § 2 III („Strafrechtslehre am Ausgang des 18. Jahrhunderts“); Koch, A., Entwicklung, 2014, 39 ff., 49 (Um 1800 „Neuformierung“ der Strafrechtswissenschaft).

Die *praktischen* Folgerungen der Straftideen zeigen sich, wenn auch umstritten, vor allem bei der richterlichen *Strafzumessung*, also bei der Konkretisierung der weiten gesetzlichen *Strafrahmen*, einerseits und der Frage nach der *Strafaussetzung zur Bewährung* und der *bedingten Entlassung* andererseits.

Dazu zählt auch die Einzelfrage, weshalb etwa verbüßte Vorstrafen erheblich strafscharfend und nachträgliche reuige Geständnisse deutlich strafmildernd zu berücksichtigen sind, als Teil der sogenannten Strafbemessungsschuld. Wo konkrete gesetzliche Vorgaben fehlen, müssen „gute Gründe“ zur Verfügung stehen. Der große Praktiker-Kommentar von *Fischer*<sup>2</sup> spricht jedenfalls die Straftheorien überhaupt erst bei der Strafbemessung an.

Die gesamte Rechtsgutslehre sowie die Schuldlehren gehören -zumindest auch- zu den Gegenständen der Straftheorie. Strafzweckerwägungen benötigen wir ferner konkret bei Fragen des Versuchs, dem Rücktritt von und der Deutung des untauglichen Versuchs, der Definition des unmittelbaren Ansetzens, auch bei der Ablehnung des Betrugs zur Vermeidung von Geldsanktionen.<sup>3</sup> Sie stehen zudem im Hintergrund bei allen Gefährdungsdelikten. Wir kennen sie auch als sozialetische Einschränkung des Notwehrrechts und grundlegend im Notstandsrecht.

Die „guten Gründe“, die die Strafrechtswissenschaft als „Sinn und Zweck der Strafe“ diskutiert, können ferner auch dem *Verfassungsrecht* helfen und ihm zur *Legitimation* der Grundrechtseingriffe dienen.

*Methode.* „Guten Gründe“ einzufordern, meint nach der *Vernunft des Strafens* zu suchen.

In etwa in diesem Sinne spricht der praktische Philosoph *Nida-Rümelin* von einer Ethik der guten, „lebensweltlich etablierten Gründe“ und sieht diesen Ansatz als „ein Drittes“ zwischen einem angelsächsischen Rationalismus im utilitaristischen Sinne des rational choice und dessen Gegenpol, dem Intuitionismus.<sup>4</sup> *Nida-Rümlin* spricht davon, dass sein Ansatz „kohärentistisch“ sei und auf die „*Verbundenheit normativer und deskriptiver Überzeugungen*“ setze, für die gute Gründe maßgeblich seien.

---

<sup>2</sup> Fischer, StGB-Kommentar, 2017, § 46, Rn 2 bis 4.

<sup>3</sup> So Rengier, Strafrecht AT, 2017 § 3 Rn 4, der zwar zu Recht meint, ansonsten komme man bei der Fallbearbeitung nur selten mit den Straftheorien in Berührung. Aber sie gehören zu den Grundlagen des Rechts und bei der Fallbearbeitung bleiben aus Sicht der Strafrechtspraxis neben dem Strafprozess und das Vollzugsrecht auch gesamten *Sanktionsrecht* ausgeblendet.

<sup>4</sup> Nida-Rümelin, Vernunft, 2012, 9 ff., 11 f. Gosepath, Eigeninteresse, 1992, 49: „*Etwas (Meinung, Handlung, Wunsch, Ziel, Norm etc.) ist rational, wenn es begründet, d.h. durch Gründe gerechtfertigt ist.*“

Methodisch ist dabei zu bedenken, dass alle großen Oberbegriffe. und also auch alle Ideen von substanzieller und von vager Art sind. Substanziell meint, dass, sie zugrundeliegend, aber ihr eigener Grund nicht weiter bestimmbar ist.

In Anlehnung an *Hassemer/Neumann*<sup>5</sup>, die damit allerdings nur den „Bedarf an Vagheit“ für die gesetzlichen Strafnormen gut erklären, sind zumindest drei Arten von Vagheit zu erkennen:

- Die Vagheit als unsichere Zuordnung<sup>6</sup>,
- die Porosität bei fortschreitendem sozialen Wandel und
- die Wertausfüllungsbedürftigkeit,

die allgemeinen Grundhaltungen zu den Strafbegründungen einfließen lässt, zum Beispiel beim großen Begriff der Schuld.

Alle großen Begriffe zerfallen zudem dann in bunte Unterbegriffe, sobald wir die analytische Lupe über sie halten. Dennoch können wir uns etwa unter „Gerechtigkeit“ und „Zweckmäßigkeit“ etwas vorstellen. Diese spannungs- und ertragreiche Dialektik von

- allgemeinsprachlichen Leitideen und
- fachwissenschaftlicher Analyse

gilt es zu nutzen, aber auch auszuhalten.

Zu jedem Verständnis gehört ferner auch ein *Vorverständnis*. Es zeigt die Position, von der aus etwas zu betrachten ist. Es gibt den Rahmen oder auch das System an, in dem man sich hauptsächlich bewegt.

Jeder von uns verfügt über eine laienhafte Vorstellung der Rechtsfertigung von Strafe. In der Regel setzt sie mit dem Strafenden eine elternähnliche mächtige, aber auch moralische Person voraus, die auf diese Weise normativen (oder Sollens-) Regeln mit Lob und Tadel umzusetzen sucht. Für die deutsche Strafrechtstheorie besteht das Vorverständnis in der vorwiegenden Ausrichtung, und damit auch Reduktion, auf das *deutsche Rechts- und Staatssystem*.

*Strafe im Sinne der Strafrechtstheorie*. Auch das, was in der Strafrechtstheorie jeweils mit „Strafe“ gemeint ist, erscheint auf den zweiten Blick von Standpunkten abhängig. Als eigentliche Strafe gilt uns nach dem allgemeinen Sprachgebrauch die *vollstreckte* Sanktion, die die Exekutive vornimmt. Sie geschieht aufgrund (oder „wegen“) des *Strafurteils* des Gerichts, also einem kommunikativen Einzelakt der Judikative. Das Urteil beruht auf dem allgemeinen *Strafgesetz* der Legislativen. Dem Strafgesetz wiederum liegt eine ratio, die *Strafidee*,

---

<sup>5</sup> Hassemer / Neumann, NK StGB, 2017, § 1 Rn 36.

<sup>6</sup> Siehe dazu auch Koch, H.-J., Entscheidungsbegründung, 2003, 39 ff., 155; Hassemer / Neumann, NK StGB, 2017, § 1 Rn 36.

zugrunde. Mit ihr beschäftigt sich die Strafrechtstheorie zwar auch. Sie hat aber auch sämtliche Folgestufen im Blick und betrachtet in teleologischer Weise auch deren jeweiligen Konsequenzen. Die Abstraktionskette lautet also:

- Strafe,
- Strafurteil,
- Strafgesetz und
- Strafidée,

Sie ist in induktiver Weise auch rückwärts zu lesen.

Drei weitere Aspekte gehören, je nach Sichtweise, entweder zum *Umfeld* der Strafidéen oder auch schon zum *Wesen* der Strafe selbst. Es handelt sich um die Strafe als *Recht*, und die materielle Rechtsidee bildet die Gerechtigkeit. Außerdem ist die Strafe gemeint, die ein *Staat* durchsetzt, und zwar eine Staat, der die *Bürgerrechte* anerkennt, sodass es sich typischerweise um eine *Freiheitsstrafe* handelt.

Mit der „Strafe“ selbst ist also vereinfacht, diejenige Sanktion gemeint, die das Strafrecht mit diesem Begriff umschreibt. Deshalb wissen wir in etwa, was Strafe im Sinne der Strafrechtstheorie meint. Den „Sinn und Zweck“ dieser Strafe gilt es deshalb vor allem zu erfragen. Und die Antworten darauf sind schwierig genug. Was Strafe sonst noch meinen kann, interessiert die Strafrechtstheorie nur am Rande. Andere Formen der Strafe sind zudem Gegenstand der Strafrechtsgeschichte; andere Blickwinkel auf sie bieten vor allem die Rechtssoziologie, die Rechtsphilosophie und auch die Kriminologie.

Die Gesamtheit des Credo von „Freiheit, Gleichheit und Solidarität“ spiegelt sich schließlich in der Strafe. Die Strafe entzieht dem Verurteilten nicht nur Teile seiner „Freiheit“. Die Strafe bildet auch einen Rechtnachteil im Sinne des Art. 5 EGVStGB. Der Bestrafte verfügt nicht mehr in vollem Umfange über die gleichen Rechte, er büßt also Teile seiner „Gleichheit“ ein. Es liegt auch kein Verstoß gegen das Diskriminierungsverbot des Art. 3 GG vor. Außerdem erleidet er auch einen Teilverlust an „Solidarität“, unter anderem sind seine Kommunikationswege und -formen eingeschränkt und er trägt einen sozialetischen Makel etc.

Aber das Schwergewicht des Strafübels liegt zurecht auf dem „Freiheitsentzug“. Die Strafe wird „wegen“ der Begehung bestimmter Delikte verhängt. Diese vielfältigen Taten lassen sich wiederum vor allem als Anmaßung von Freiheiten zusammenfassen. Aber auch sie beinhalten zugleich den Verstoß gegen die Grundsätze von Gleichheit und Solidarität.

Der Schwerpunkt der Strafe liegt aber zurecht bei der „Freiheit“. Die Freiheitsstrafe besteht im *Entzug von Freiheitsrechten*, und zwar wegen der *Anmaßung von Freiheitsrechten*. Aus welchen *Gründen* dies geschieht, versucht dann die Straftheorie zu klären.

Der Freiheitbegriff ist dabei weit zu fassen. So stellt auch das Geld, das dem zu Bestrafenden die *Geldstrafe* abnimmt, geronnene Freiheit dar, so zählt auch das Eigentum zu den Freiheitsrechten, Art. 14 GG. Auch der sozialetische Makel des *Schuldspruchs* greift in die Freiheitssphäre des Täters ein, wie der Straftatbestand der ungerechtfertigten üblen Nachrede belegt. Wir verwenden also eine zumindest dreispurige Art von Freiheitsentzug, denjenigen *körperlicher* Form, vor allem als Entzug der Fortbewegungsfreiheit, Art. 2 II, 104 GG, denjenigen des *sozialen* Meidens und die Einwirkung auf die *Psyche* des Täters, in dem wir ihm eine neue Erfahrung aufnötigen.

*Grobe Ordnung der Straftheorien.* Schuld setzt die *Willensfreiheit* des Menschen voraus und deren Nachweisbarkeit ist umstritten. So lassen sich die meisten Straftheorien danach ordnen, ob sie das umstrittene Schuldprinzip als zumindest eine beachtliche Säule der Strafgründung *akzeptieren* oder ob sie zumindest weitgehend *ohne die kulturelle Fiktion der Willensfreiheit* auskommen. Dem entspricht auch die Gliederung dieser Schrift.

Bei der Suche danach, welche rationalen und humanen Begründungen denn überhaupt in Betracht kommen, zeigt sich zudem alsbald eine Begrenzung, die der Fragestellung nach „Sinn und Zweck“ des Strafens innewohnt. So fragen wir damit immerhin, aber auch nur nach der „Vernunft“ oder der „ratio“ der Strafe.

Damit blenden wir die Frage nach den Emotionen zumindest weitgehend aus, also die nach der Psychologie des Strafens und der Natur des Menschen als Lebewesen, also der Biologie von Aggression und Gegenaggression. Kurzgefasst kann deshalb die Frage nach der Ratio vermutlich nur rationale Antworten oder aber die rationale Kritik an solchen Erklärungen ergeben.

Eine „demokratische“ Strafrechtstheorie muss wiederum versuchen, den Demokraten zu erläutern, weshalb ihr Staat und damit am Ende auch sie selbst Mit-Menschen und sogar Mit-Demokraten real in Gefangenschaft halten dürfen und müssen und es auch jenen einleuchten sollte.

## II. Bundesverfassungsgericht: eine Frage der Kultur, der Willensfreiheit und der Tradition („althergebrachte Strafen“).

*Halbeigenständige Straftheorie.* Die enge Beziehung zum auf den ersten Blick jedenfalls höherrangigen Verfassungsrecht, vor allem zu den Entscheidungen des *Bundesverfassungsgerichts* führt zur Grundsatzfrage: Muß sich die Straftheorie nicht inzwischen dem Verfassungsrecht unterwerfen, oder auch anders gefragt: Gibt es also heute immer noch den Platz für eine wenigstens *halbeigenständige Straftheorie*?

Einerseits färbt das *Bundesverfassungsgericht* in der Tat das Verständnis des Strafers mit seiner Bindung an das Grundgesetz von 1949 verfassungsrechtlich in erheblichem Maße ein. Das gilt vor allem für dessen *Doppelkern*, wie ihn die Verfassungsgeber in Art. 1 und 20, 79 III GG niedergelegt haben.

Andererseits verbietet sich das Gericht es, eine *eigene Straftheorie* zu entwickeln. Es erklärt vielmehr:

*„Das Bundesverfassungsgericht hat sich wiederholt mit Sinn und Zweck des staatlichen Strafers befaßt, ohne zu den in der Wissenschaft vertretenen Straftheorien grundsätzlich Stellung zu nehmen. Auch im vorliegenden Fall besteht kein Grund, sich mit den verschiedenen Straftheorien auseinanderzusetzen; denn es kann nicht Aufgabe des Bundesverfassungsgerichts sein, den Theorienstreit in der Strafrechtswissenschaft von Verfassungs wegen zu entscheiden.*

Es fügt zudem an:

*„Der Gesetzgeber hat in den Strafrechtsreformgesetzen seit 1969 zu den Strafzwecken ebenfalls nicht abschließend Stellung nehmen wollen und sich mit einer begrenzt offenen Regelung begnügt, die keiner der wissenschaftlich anerkannten Theorien die weitere Entwicklung versperren wollte (vgl. BT Drucks V/4094, S. 4f; Dreher, StGB, 36. Aufl. 1976, Anm. 3 und 4 zu § 46 StGB; Lackner, § 13 StGB - eine Fehlleistung des Gesetzgebers?, in: Festschrift für Wilhelm Gallas, Berlin-New York, 1973, S. 117, 121, 136).“<sup>7</sup>.*

Die *Strafrechtswissenschaft* gibt also einerseits den jeweiligen Konsens vor. Ihn greift dann das Verfassungsgericht auf, muss ihn allerdings auch mit dem Grundgesetz vereinbaren können.

Andererseits formt auch die *Strafrechtswissenschaft* nicht völlig autark und autonom ihren Gegenstand. So wird auch sie nicht umhinkönnen, *verfassungsgerichtliche Feststellungen* und Blickwinkel mit einfließen zu

---

<sup>7</sup> BVerfG 21. 6. 1977 45, 187 ff., 253 f. (Absätze nicht im Original).

lassen. Das gilt auch für das vorherrschende Verständnis von der an sich recht vagen Vereinigungstheorie.

Auch ordnet das *Bundesverfassungsgerichts* die Straftheorien auf seine kluge Weise. So beschreibt das Gericht 1977 in derselben berühmten Entscheidung, die im Übrigen die Verfassungsmäßigkeit der lebenslangen Freiheitsstrafe mit Blick auf die *Unantastbarkeit der Menschenwürde*<sup>8</sup> (Art. 1 I GG) einengt, auf ihre Weise und wirkungsmächtig den gegenwärtigen Konsens. Gutachter wie *Jescheck* haben daran mitgewirkt.

Es beginnt mit dem Blick auf das „geltende Strafrecht und die Rechtsprechung“.

*„Das geltende Strafrecht und die Rechtsprechung der deutschen Gerichte folgen weitgehend der sogenannten Vereinigungstheorie, die - allerdings mit verschiedenen gesetzten Schwerpunkten - versucht, sämtliche Strafzwecke in ein ausgewogenes Verhältnis zueinander zu bringen.“*

So heißt es weiter:

*„Dies hält sich im Rahmen der dem Gesetzgeber von Verfassungs wegen zukommenden Gestaltungsfreiheit, einzelne Strafzwecke anzuerkennen, sie gegeneinander abzuwägen und miteinander abzustimmen.“*

Demgemäß hat das *Bundesverfassungsgericht* in seiner Rechtsprechung nicht nur den Schuldgrundsatz betont, sondern auch die anderen „einzelne Strafzwecke“ anerkannt.

Außerdem fährt das Gericht mit einer Art von *Sammeltheorie* fort, die eine Art von Laiensicht auf den Wortsinn beinhaltet:

*„Es hat als allgemeine Aufgabe des Strafrechts bezeichnet, die elementaren Werte des Gemeinschaftslebens zu schützen. Schuldausgleich, Prävention Resozialisierung des Täters, Sühne und Vergeltung für begangenes Unrecht werden als Aspekte einer angemessenen Strafsanktion bezeichnet (BVerfGE 32,98 [109]; 28, 264 [278])“.*

Maßgeblich ist also nicht nur die Theorie, sondern auch die Praxis und der Versuch, *„sämtliche Strafzwecke in ein ausgewogenes Verhältnis zueinander zu bringen“*.

Diese Sammlung ließe sich mit *Murmann* auch als „additive Vereinigungstheorie“ bezeichnen.<sup>9</sup> Ihre Hauptaufgabe besteht darin, alle gängigen Begründungen zu bündeln. Es handelt sich auch um eine

---

<sup>8</sup> Dazu aus rechtsphilosophischer Sicht Montenbruck, *Menschenwürde-Idee*, 2016, 1. Kap. („Westliche Subjekt, Personen-, Bürger- und Würde-Idee“, 10 – 65); 4. Kap. III („Unantastbarkeit und Lebensbezug: zur Unmöglichkeit der Todesstrafe“, 145 ff.).

<sup>9</sup> *Murmann*, *Grundkurs*, 2015, § 8 Rn 40.



*Grundlegung.* Die additive Verneinungstheorie signalisiert zudem schon einmal die Breite der Antworten und die Offenheit, mit den guten Gründen umzugehen. Die Erkenntnis der *Komplexität* steht also am Anfang. Dann aber erfolgt die (strafrechts-) wissenschaftliche Analyse.

Als die konstitutiven *Hauptelemente* der Vereinigungstheorie umreißt das *Bundesverfassungsgericht* dann dennoch die *drei* nachfolgenden:

- die Generalprävention mit dem Adressaten der *Allgemeinheit*,
- die Individualprävention, die den *Täter* betrifft
- sowie Sühne und Schuldausgleich, die vor allem die Idee der *Gerechtigkeit* aufgreifen.

Herkömmlicherweise heißen solche Begründungsmuster insgesamt oder auch ihre konkreten Ausprägungen, *Theorien*. Und als bunte Synthese nennen wir sie dann etwa hilflos „Vereinigungstheorie“.

Schon auf den ersten Blick handelt es sich jedoch um drei recht *verschiedene* Begründungsstränge.

Das *Bundesverfassungsgericht* zeigt sich außerdem als noch europäisch und methodisch offen und lenkt seinen Blick über die Vereinigungstheorie hinaus.

So erklärt es im Jahre 1977 den Gestaltungsrahmen des *Gesetzgebers*.

*„Was schließlich die Strafzwecke des Schuldausgleichs und der Sühne betrifft, so entspricht es dem bestehenden System der Strafsanktionen, daß der Mord wegen seines extremen Unrechts- und Schuldgehalts auch mit einer außergewöhnlich hohen Strafe geahndet wird. Diese Strafe steht ferner mit der allgemeinen Gerechtigkeitserwartung im Einklang.“*

In der *Lissabon- Entscheidung* erläutert das *Bundesverfassungsgericht* im selben Sinne im Jahre 2009 die kulturelle Seite des Strafrechts:

*„Die Strafrechtspflege ist, sowohl was die Voraussetzungen der Strafbarkeit als auch was die Vorstellungen von einem fairen, angemessenen Strafverfahren anlangt, von kulturellen, historisch gewachsenen, auch sprachlich geprägten Vorverständnissen und von den im deliberativen Prozess sich bildenden Alternativen abhängig, die die jeweilige öffentliche Meinung bewegen (vgl. dazu Weigend, Strafrecht durch internationale Vereinbarungen - Verlust an nationaler Strafrechtskultur?, ZStW 1993, S. 774 <785>).“<sup>10</sup>*

In seiner Entscheidung zum europäischen Haftbefehl (2015) erläutert es dann später auch in Abgrenzung zu anderen Staaten der Europäischen Union:

---

<sup>10</sup> Lissabon-Entscheidung des BVerfG, 2 BvE 2/08 vom 30.6.2009, Absatz-Nr. 253.

*„Das Strafrecht beruht auf dem Schuldgrundsatz (...) Dieser den gesamten Bereich staatlichen Strafens beherrschende Grundsatz ist in der Garantie der Würde und Eigenverantwortlichkeit des Menschen sowie im Rechtsstaatsprinzip verankert (..)*

Dabei betont die Herleitung aus der „Verfassungsidentität“ das außerordentliche Gewicht, das das *Bundesverfassungsgericht* dem Schuldprinzip zuerkennt:

*Mit seiner Grundlage in der Menschenwürdegarantie des Art. 1 Abs. 1 GG gehört der Schuldgrundsatz zu der wegen Art. 79 Abs. 3 GG unverfügbaren Verfassungsidentität, die auch vor Eingriffen durch die supranational ausgeübte öffentliche Gewalt geschützt ist (...). Er muss daher auch bei einer Auslieferung zur Vollstreckung eines in Abwesenheit des Verfolgten ergangenen Strafurteils gewahrt werden.“<sup>11</sup>*

In diesem Sinn ist also mit *Weigend* von einer *deutschen Strafrechtskultur* zu sprechen.

Schwergewicht legt das *Bundesverfassungsgericht* inzwischen auf das *Schuldprinzip* und es positioniert sich mit fast *dogmatischen Bekenntnissen*.<sup>12</sup>

*„Auf dem Gebiet der Strafrechtspflege bestimmt Art. 1 Abs. 1 GG die Auffassung vom Wesen der Strafe und das Verhältnis von Schuld und Sühne (vgl. BVerfGE 95, 96 <140>). Der Grundsatz, dass jede Strafe Schuld voraussetzt, hat seine Grundlage damit in der Menschenwürdegarantie des Art. 1 Abs. 1 GG (vgl. BVerfGE 57, 250 <275>; 80, 367 <378>; 90, 145 <173>). Das Schuldprinzip gehört zu der wegen Art. 79 Abs. 3 GG unverfügbaren Verfassungsidentität, die auch vor Eingriffen durch die supranational ausgeübte öffentliche Gewalt geschützt ist.“*

Zugleich ist etwas nach zu justieren.

Im Mittelpunkt steht zwar die Frage nach dem „Sinn und Zweck des Strafens. Dabei sind aber vor allem die *schwersten Sanktionen* in den Blick zu nehmen, in erster Linie die zu vollstreckende längere Freiheitsstrafe für die schweren Gewaltdelikte. Für die anderen Delikte wie Diebstahl oder Betrug sind somit deren fast nur fiktiven Höchstfreiheitsstrafen zu rechtfertigen, die jeder Straftatbestand vorsieht. Die real häufigen Geld- und Bewährungsstrafen treten dahinter ebenso zurück wie die jahrzehntelange mildere Strafrechtspraxis, sich

---

<sup>11</sup> Beschluss vom 15. Dezember 2015 - 2 BvR 2735/14 Abs. Nr 55 mit etlichen Selbstziten, die eine ständige einheitliche Rechtsprechung anzeigen (sollen). Zudem: Lissabon-Entscheidung des BVerfG, 2 BvE 2/08 vom 30.6.2009, Absatz-Nr. (1-421), Absatz-Nr. 364.

für die Normalfälle und die Ersttäter vor allem an den Untergrenzen der Strafraumen orientieren.

Den Nukleus der Gewaltdelikte wiederum bildet der Mord mit der sogenannten lebenslangen, zumindest fünfzehnjährigen Freiheitsstrafe in den deutschen Strafvollzugssystemen.<sup>13</sup> Das ist zwar auch der Ausgangsfrage nach der Verfassungsmäßigkeit der lebenslangen Freiheitsstrafe geschuldet, aber die Gründe des Bundesverfassungsgerichts zeigen, dass es sich nicht lediglich um Sonderbegründungen für die Höchststrafe handelt.

*„Althergebrachte Strafen“.* Das Grundgesetz bildet zwar einen geistigen Überbau, aber das Strafen als solches ist von vorkonstitutioneller Art. So gilt für das Freiheitsgrundrecht auch nicht die *Wesensgehaltsgarantie*.

*„Schließlich steht auch Art. 19 Abs. 2 GG (Wesensgehaltsgarantie insbesondere des Grundrechts auf Freiheit der Person) der lebenslangen Freiheitsstrafe nicht entgegen. ...Die lebenslange Freiheitsstrafe gehörte zu den althergebrachten Strafen, die der Grundgesetzgeber vorfand.“*<sup>14</sup>

Damit steht also nicht nur die lebenslange Freiheitsstrafe, sondern auch das gesamte Strafrecht jedenfalls nicht unterhalb des Verfassungsrechts, sondern in seltsamer Weise *neben ihm*.<sup>15</sup> Auch das Strafgesetzbuch als solches hat der

---

<sup>13</sup> Für eine -aus Gründen der Logik- naheliegende Abschaffung der lebenslangen Freiheitsstrafe plädieren: Höffler/Kaspar, Plädoyer, GA 2015, 453 ff.

<sup>14</sup> BVerfG 45, 187 ff. (Urteil vom 21. Juni 1977 · Az. 1 BvL 14/76 (Lebenslange Freiheitsstrafe), Abs. Nr. 267 lautet insgesamt, aber ohne Hervorhebungen: „Schließlich steht auch Art. 19 Abs. 2 GG (Wesensgehaltsgarantie insbesondere des Grundrechts auf Freiheit der Person) der lebenslangen Freiheitsstrafe nicht entgegen. Dabei kommt es nicht darauf an, was unter "Antasten des Wesensgehalts" eines Grundrechts im Sinne des Art. 19 Abs. 2 GG zu verstehen ist (vgl. BVerfG 2, 266 (285); 22, 180 (219f); 27, 344 (350ff)). Vielmehr ist hier folgende Überlegung ausschlaggebend: Der Parlamentarische Rat war sich bei seinen Beratungen über die strafrechtlichen Beschränkungen der persönlichen Freiheit im Klaren. Die lebenslange Freiheitsstrafe gehörte zu den *althergebrachten Strafen*, die der Grundgesetzgeber vorfand. Sie rückte nach der *Abschaffung der Todesstrafe* (Art. 102 GG) an die Spitze des Strafenkatalogs. Weder aus der Entstehungsgeschichte des Art. 2 Abs. 2 Satz 2 (vgl. JöR N.F. Bd 1, S. 63ff) in Verbindung mit Art. 102 GG (a.a.O., S. 739ff) und Art. 104 GG (a.a.O., S. 745ff) noch aus der des Art. 19 Abs. 2 GG (vgl. a.a.O., S. 176ff) ergibt sich der geringste Anhaltspunkt dafür, daß diese überlieferte Strafe in Frage gestellt werden sollte“.

<sup>15</sup> Zur Diskussion des „staatlichen Strafanspruchs“ als *vorkonstitutionelles Recht* siehe Feltes, Strafanspruch, 2007, Teil 9. 1 ff; er wendet sich gegen die Ableitung aus dem Rechtsstaatprinzip, „für sich allein“ es sage es nichts zum Mittel der Strafe, Teil 9. 8.; zur Ableitung aus der allgemeinen Schutzpflicht nach Art. 2 I GG, Teil 9. 9., dort auch zur Erweiterung auf die überindividuellen Rechtsgüter. Hier aber ist zunächst einmal von der Leitentscheidung des Bundesverfassungsgerichts zur lebenslangen Freiheitsstrafe auszugehen, die unter anderem ausdrücklich nicht nach der Beeinträchtigung des Wesensgehaltes des Art 2 GG fragen will und offenbar von einem zumindest *auch* vorkonstitutionellen Charakter des Strafrecht ausgeht, so wie es Feltes es für seine Sonderfrage nach dem staatlichen Strafanspruch zunächst auch diskutiert, dann aber abgelehnt hat.

Grundgesetzgeber vorgefunden. Er kann es abändern, wenn sich ein anderer politischer Konsens ergibt. Er ist aber nicht dazu gezwungen, die Wesensgehaltsgarantie für das Grundrecht der Freiheit zu durchdenken. Auch verbietet die Menschenwürde-Idee offenbar nicht das Strafen überhaupt. Sie gebietet nur, die Chance, der Freiheit wieder teilhaftig zu werden, von Rechtswegen vorzusehen und sie regiert nur, aber immerhin die humane Art und Weise des Strafvollzuges.

Außerdem bedeutet diese Sicht des *Bundesverfassungsgerichts*, dass es der *Tradition* des deutschen Strafrechts eine besondere Bedeutung beimisst.

Ferner rückt das Gericht zu Recht den „Strafen-Katalog“, in der Ursprungsform noch die Todesstrafe, in die erste Position. Die Strafen lassen sich zumindest *auch* gut von der Höchststrafe her erklären. Zu rechtfertigen sind also vor allem die langfristigen Freiheitsstrafen.

*Fazit:* Aus der Sicht des *Bundesverfassungsgerichts*, dem hier insoweit zu folgen ist, handelt es sich also bei der Straftheorie um eine Frage der Kultur, der Willensfreiheit und der Tradition („althergebrachte Strafen“). Die Straftheorie der Strafrechtswissenschaft ist also als *halbselbständig* zu begreifen, und das Strafrecht kann sich als nachdrücklich aufgefordert sehen, die Straftideen in der Diskussion zu halten.

### **III. Zur langen Geschichte der Vereinigungstheorie**

Mit den Worten von *Kindhäuser* heißt es in der Strafrechtslehre gern, dass die *„für das Strafrecht grundlegende Frage, woher der Staat das Recht nimmt, seine Bürger – ggf. mit existenzbedrohenden Auswirkungen- zu bestrafen, wird seit Jahrhunderten im Grundsatz wie im Detail unterschiedlich beantwortet.“*<sup>16</sup>

Dieser Satz stimmt zwar und zeigt das große Dilemma der Straftheorie, dass es *keine ganz eindeutige* Antwort auf Sinn und Zweck des Strafens gibt. Aber andererseits wiederholen sich die *diskutierten* Antworten, also solche, die zumindest erwogen werden, in beeindruckendem Maße. Auch wer eine bestimmte Sichtweise ablehnt, respektiert diese zumindest.

---

<sup>16</sup> Kindhäuser, Strafrecht, AT, 2015, § 2 Rn 8, siehe auch Hassemer / Neumann, NK StGB, 2017, Vor § 1 Rn 263 ff.

Auf dieser höheren Ebene *des Vertretbaren* zeigt sich zudem, dass unsere geistigen Ahnherren ebenso wie wir heute noch vor allem mit den *Elementen der Vereinigungstheorie* arbeiteten.

Bereits die griechische Aufklärung der Stadtstaaten des 5. vorchristlichen Jahrhunderts hat gefragt, ob die Strafe dem Täter ohne Rücksicht auf die Folgen auferlegt werden soll oder ob sie nicht vielmehr andere abzuschrecken und so die Gemeinschaft zu bessern habe.<sup>17</sup> So lehnt der griechische Philosoph *Platon* (428/427 v. Chr. — 348/347 v. Chr.) die Strafe aus Gründen der Rache ab und erklärt, sie hätte der -generalpräventiven- Abschreckung anderer und der – individualpräventiven- Besserung der besserungsfähigen Straftäter zu dienen.

Doch auch wenn *Platon* die *Rache* als unvernünftig betrachtet, so *erwägt* er sie immerhin und er spricht an anderer Stelle die *Gerechtigkeit* als das – nachträgliche- Gerade-Richten an.

Aus historischer Sicht dürften die seiner Zeit die Rache übenden (kriegerischen) Personen üblicherweise diese rationale Begründung ihrer Art von zugleich hoch emotionaler Selbstjustiz zugrunde legen. Grundsätzlich bleibt aber zu fragen, inwieweit nicht die hoheitliche Strafe in den damaligen Stadtstaaten die private Rache zwischen den Familienverbänden ablöst, indem sie unter anderem das Rachebedürfnis kanalisiert und die Stadtgesellschaft zugleich auf diese Weise ihr Gewaltmonopol nach innen sichert. Rache musste der Stadtbürger also ablehnen, die Gerechtigkeit konnte er aber einfordern

Auch das Wort „Strafe“ selbst erscheint recht unvermittelt etwa erst um 1200<sup>18</sup> und meint von Anfang an eine Art der *hoheitlich-öffentlichen Strafe*. Das Wort von der Strafe soll danach zunächst im Kern den öffentlichen Tadel gegenüber einem Christenmenschen meinen.<sup>19</sup>

---

<sup>17</sup> So in einem angeblichen Gespräch zwischen Anaxagoras und Perikles, an das Stratenwerth, Strafrecht AT I, 2000, § 1 Rn 5, u. Hinw. auf Murray, Euripides, 1913, 27, erinnert.

<sup>18</sup> Dazu aus der Strafrechtsgeschichte des frühen Mittelalters: Weitzel, Strafgedanke, 2007, 21 ff., 23 ff. („Über Vorläufer und Entstehung dieser Begrifflichkeit ist nichts bekannt.“), anders dagegen „suona, suonon“ etc. Inhaltlich: Strafe als „extra laut schelten“, oder auch „mehr als schelten“ oder „peinlich schelten“, im Gegensatz zu „ausgleichend“ schelten. Der neue Gedanke des „Strafens“ besteht vielleicht i.S.v. „zwingender gesetzlich vorgeschriebener Klausalnexus von Verursachung und Folge“. Etwa nicht aus königlicher Willkür töten, sondern sinngemäß „um der Gerechtigkeit willen, und aus Liebe denen, die Leben“; sowie 24 f. („Strafe gibt es nur auf dem Boden eines Unterwerfungsverhältnisses“ als Obrigkeit oder als „public authority“.), zudem: 29 ff. (Das Römische Strafrecht kannte die „Privatstrafe“ etwa beim Diebstahl neben der öffentlichen Kriminalstrafe, insbesondere zur Kaiserzeit als „Polizeistrafrecht“.).

<sup>19</sup> Hattenhauer, Rechtsgeschichte, 2004, 17; auch: Hattenhauer, Buße, 1983, 53; ebenso schon: His, Strafrecht, 1920/1964, I, 342: „Strafe, ein Wort dunkler Herkunft, bedeutet ursprünglich

Deshalb gilt auch der Satz: „Das moderne -staatliche Strafrecht ist im Gegensatz zu früher kein Täter-Opfer-Strafrecht mehr, es hat das Opfer „neutralisiert“.“<sup>20</sup>. Daneben stehen heute jedoch das zivile Deliktsrecht und das solidarische Sozialrecht. Auch helfen Nebenklage, Opferanwälte und der Täter-Opfer-Ausgleich, diese Grundentscheidung abzuschwächen. Im Mittelalter konnten die Familienverbände (Sippen) auch gesamte Sühneverträge<sup>21</sup> aushandeln, wobei sie sich anstelle eines hoheitlichen Richters einer Art von Mediators bedienten. Aber die Rechtssubjekte waren die Sippen und Untersippen, nicht die Einzelnen; sie agierten auf diese Weise untereinander und gleichsam völkerrechtlich.

Die *Constitutio Criminalis Carolina* Kaiser Karls des V. (die *Peinliche Halsgerichtsordnung*, *Pein* von *poena* als Schmerz) von 1532<sup>22</sup>, kennzeichnet für das Recht den Übergang vom Mittelalter zur Neuzeit. In Art. 104 greift sie alle drei Forderungen der Vereinigungstheorie zur Begründung des Strafens auf. Zu strafen sei

- „nach gelegenheyt und Regengüsse der Übeltat,-
- aus lieb der Gerechtigkeits-
- und um des gemeinen nutz Willen“<sup>23</sup>.

Strafen waren damals allerdings vor allem die *Körper- und Todesstrafen*. Haft gab es zumeist nur als unbestimmt lange Untersuchungshaft. Denn ohne Freiheit ist auch Freiheitsstrafe nicht denkbar. Festungshaft gab es für Adeligen, erste Zuchthäuser später für die Stadtbürger.

Die *Aufklärung* bereitet dann den geistesgeschichtlichen Boden<sup>24</sup> für der *Freiheitsstrafe*. Die staatliche Strafe erfordert wiederum den *Staat*. Die Freiheitsstrafe als staatliche Strafe geht mit den Ansätzen zu einem freiheitlich verfassten Rechtsstaat einher.

---

so viel wie Tadel, Anfechtung, und tritt im heutigen Sinne erst in den juristischen Quellen nicht vor dem 14. Jahrhundert auf“; ebenso: Wadle, Landfrieden, 1995, 71 ff., 198.

<sup>20</sup> Hassemer / Neumann, NK StGB, 2017, Vor § 1 Rn 10 ff.

<sup>21</sup> Zu Sühneverträgen in der germanischen Zeit: Radbruch/Gewinner, Geschichte, 1991, 18. Willoweit, Rache, 2007, 37 ff. , 41 ff. geht für den Übergang in die Neuzeit von einer Gemengelage von „Rache und Strafe“, „Sühne und Kirchenbuße“ aus.

<sup>22</sup> Vgl. den historischen Überblick bei Regge, Kriminalstrafe, 1989, 2 ff.

<sup>23</sup> Dazu: Schroeder, Carolina, 1986, 326, meint dies sei bislang unübertroffen formuliert; zustimmend: Regge, Kriminalstrafe, 1989, 227 ff., 330 f.; siehe auch Günther, L., Wiedervergeltung, 1966, 286; mit entsprechenden Erwägungen Schmidhäuser, Sinn, 1971, 18 f., Schreiber, Strafkonzeptionen, ZStW 94 (1982), 279 ff.

<sup>24</sup> Küpper, Strafen, 2003, 53 ff. , 54. Zur Aufklärung und Strafrecht siehe den vorzüglichen kurzen geistesgeschichtlichen Überblick bei Jescheck/ Weigend, Strafrecht AT, 1996, § 10, VI.

Die *Renaissance* (die Wiedergeburt der Antike und Rückbesinnung auf den einzelnen Menschen) beginnt aus Sicht des Rechts im Verein mit der frühmodernen Staatenwerdung und dem Naturrecht.

Als Modellfall der *gerechten* Gewaltanwendung beschreibt im 17. Jahrhundert dem niederländische Naturrechtler *Grotius* das *Strafrecht*.

*Die Natur erlaube es zwar, demjenigen, der ein Übel getan habe, ein Übel zuzufügen. Zusätzlich bedürfe es dazu aber eines Zwecks. Denn nur mit ihm sei die über Gott gegebene verwandtschaftliche Verbundenheit aller Menschen beiseite zu schieben.*<sup>25</sup>

*Grotius* betont dazu *die Klugheit, die Strafe zur Heilung einzusetzen*, und verweist auf den römischen Philosophen *Seneca* (4. v. Chr. — 65 n. Chr.)<sup>26</sup>, der sich auf *Platon*<sup>27</sup> bezieht. Diese Art der Strafe sei ein Diktat der Vernunft. Auf diese Weise spricht *Grotius* alle drei großen Begründungsstränge für das vernünftige Strafen an.

In Art. 4 der revolutionären französischen Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte von 1789 heißt es dann etwa, Freiheit bedeute, alles tun zu können, was „*einem anderen nicht schadet*“<sup>28</sup>. Damit erhält der Bürger die Freiheit zusammen mit einem Schädigungsverbot (vgl. auch Art. 2 I GG). Erst hernach konnte ihm diese dann und deshalb mit der Freiheitstrafe entzogen werden.

*Erstes Fazit:* Schon seit der Antike werden die drei Elemente der Vereinigungstheorie diskutiert, und zwar dann, wenn man auf die Vernunft abstellt, also nach guten Gründen sucht und sich nicht mit göttlichen Vorgaben, vor allem denen der Bibel, zufriedengibt.

Doch auch dort finden wir Ähnliches. Das Alte Testament bietet die Ethik und auch das Gesetz der *Zehn Gebote* sowie es kennt die Drohung mit dem jüngsten

---

<sup>25</sup> Grotius, *De Jure*, 1631/1950, Cap. XX, § 1, 1: „*Malum passionis propter malum actionis*“, siehe zudem: § 4, 1. Zu den strafrechtlichen Erwägungen von Grotius siehe: Simson, *Grotius*, 1985, 651 ff. sowie insbesondere: Jescheck/ Weigend, *Strafrecht AT*, 1996, 69, Ferner: Jakobs, *Strafe*, 2004, 5 ff.

<sup>26</sup> Seneca, *De ira*, 1999 (Über den Zorn, den § 213 StGB aufgreift) II, xxxii, 1 und *De ira* I, xvii, 7; dazu: Schmitz, *Legitimität*, 2001, 87.

<sup>27</sup> Platon, *Protagoras* (Eigler), 1990, 269 ff., 428 a bis e: Strafen als Heilen. Seinerseits aufgegriffen von Jakobs, *Strafe*, 2004, 5.

<sup>28</sup> Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte vom 26.08.1789, in: Mayer-Tasch, *Verfassungen*, 1975, 210.

Gericht, und bietet die Lockungen des Paradieses. Die Ideen von metaphysischer Schuld und Sühnepflichten beherrschen vor allem die mittelalterliche Kirche. Sie kennt aber auch die unantastbare Seele, die eine Grundlage für die Menschenwürde (Art. 1 I GG) bildet. Das Neue Testament fordert zudem die Nächstenliebe ein und kennt die Barmherzigkeit des guten Samariters. Dies sind Gedanken, die sich in den Menschenrechten (Art. 1 II GG) fortsetzen.

Wer im heutigen Strafrecht von „Schuld und Sühne“ spricht<sup>29</sup>, argumentiert immer noch auf dem metaphysischen Boden des Geistig-Sittlichen. Jeder Mensch ist danach zunächst einmal sich selbst gegenüber verantwortlich; denn er gilt uns als „autonom“ (sich selbst Gesetz gebend) und er vermag sich selbst zu beherrschen. Deshalb ist ihm auch das Recht auf freie Entfaltung seiner Persönlichkeit einzuräumen (Art. 2 II GG). Der Autonome verfügt über ein „Selbst“, an das er sich zurückbindet.

Insofern kann man auch von einer säkularen Zivilreligion oder mit *Kant* von einer Vernunftreligion sprechen. Sie tritt für das Diesseits an die Stelle der vor allem christlichen Religion oder liegt der Vernunft nach *Kant* sogar zugrunde. *„Die wahre, alleinige Religion enthält nichts als Gesetze, d. i. solche praktische Principien, deren unbedingter Nothwendigkeit wir uns bewußt werden können, die wir also als durch reine Vernunft (nicht empirisch) offenbart anerkennen.“*<sup>30</sup>

Zu den Gesetzen, also den praktischen Vernunftprinzipien, zählt auch die Gerechtigkeitsidee des *kategorischen Imperativs*.

Die *sozialen* Bewegungen und die *empirische* Sichtweise des 19. Jahrhunderts folgten nach und ergänzten diesen ohnehin schon ausdrücklich metaphysischen Ansatz. Metaphysik heißt jenseits der Physik und beruht auf dem sogenannten Dualismus, der strengen Trennung von Sollen und Sein, von Idee und Natur, von Subjekt und Objekt, von mind and body etc.

*Zweites Fazit:* Vernunft und Eigenverantwortung, Menschenwürde und Autonomie, Schuld und Sühne sind von metaphysischer Art und eng mit vor allem christlichen Ideen und Traditionen verwandt, die sich aber auch in den anderen beiden abrahamitischen Buchreligionen, der jüdischen und der islamischen, finden.

---

<sup>29</sup> Dazu: Grommes, Sühnebegriff, 2006, („Der Sühnebegriff in der Rechtsprechung. Eine ideologiekritische Betrachtung,“), vgl etwa 41 ff.

<sup>30</sup> Kant, Religion, 1793, AA, VI, 167 f.



#### IV. Herkunft und kurze Deutung des deutschen Strafrechtssystems

Das Eigengewicht der „althergebrachten Strafen“ lenkt den Blick auf Herkunft und kurze Deutung des deutschen Strafrechtssystems.

*Herkunft.* Das Strafrecht in der kodifizierten Form des Strafgesetzbuches von 1871 geht weitgehend das Preußische Strafgesetzbuch von 1851 zurück. Dieses beruht seinerseits auf dem von *Feuerbach* entworfenen Bayrischen Strafgesetzbuch von 1813, das im gleichen nachrevolutionären Geiste zusammen mit dem Französischen Strafgesetzbuch von 1810 entstand.

Zum Strafgesetzbuch von 1871 gehören das bürgerlich reformierte Strafverfahrensrecht von 1877 und das Gerichtsverfassungsgesetz von 1877 hinzu. Das Strafgesetzbuch von 1871 unterschied zwar noch zwischen Todesstrafe, Zuchthaus, Gefängnis, Festungshaft, Haft und Geldstrafe. Die Todesstrafe verbot erst das Grundgesetz von 1949. Aber im Kern ging es um den *Freiheitsentzug* und dieser setzt die bürgerlichen Freiheiten voraus!

Die Einheitsfreiheitsstrafe ist jung und erst in der Nachfolge der bundesdeutschen Verfassung entstanden. Zwar waren Zuchthaus- und Gefängnisstrafe faktisch weitgehend ineinander übergegangen, aber der bundesrepublikanische Gesetzgeber verabschiedete die Einheitsfreiheitstrafe erst 1969. Das Strafvollzugsgesetz von 1976 trennt allerdings deutlich zwischen dem offenen und dem geschlossenen Vollzug.<sup>31</sup>

Ursprünglich regelte das Strafgesetzbuch zudem einspurig nur die Strafe. Es enthielt weder die Maßregeln der Besserung und Sicherung (bis 1933), die *Sicherungsverwahrung* war also in das System der Schuldstrafe eingebettet, noch kannte es die Aussetzung zur Bewährung (bis 1953). Heute aber trennen wir streng zwischen den beiden Spuren, dem Schuldstrafrecht und dem Maßregelrecht der §§ 61 ff. StGB.

Wir deuten zum Teil die Sonderregelung der Strafaussetzung zur Bewährung gem. §§ 56 ff StGB, die sowohl Geldbußen als auch präventiven Weisungen zu Lebensführung erlaubt, als eine Art von verbindender dritte Spur.

Die lebenslange Freiheitsstrafe wurde mit der Aussicht auf Aussetzung verbunden (in der Regel nach mindestens 15 Jahren, § 57 a StGB). Die

---

<sup>31</sup> Roxin, Strafrecht AT I, 2006, § 4, I Rn 1 f.; ausführlich zu den Reformen, insbesondere § 4, V., Rn 15 ff.

Regelung hat das *Bundesverfassungsgericht* im Jahre 1977 eingefordert<sup>32</sup> und verlangt, sie an die Stelle der allerdings bereits formalisierten landesherrlichen Begnadigung (meist nach 15 bis 18 Jahren) zu setzten. Waren „*Gnade und Recht*“ lange formal strikt getrennt, so wurde das Strafrecht mit dieser Entscheidung als Recht humaner. Der Menschenwürde-Humanismus, den die Verfassung schon kannte und den die Gnadenpraxis schon ausübte, wurde so offiziell zum immanenten Teil des Strafrechts. Die Menschenwürde bildet also eine absolute Grenze für das Strafrecht.

*Deutung des Strafrechts aus der Herkunft.* Vereinfacht entwickelte sich um 1800 der deutsche Rechtidealismus. Er verbindet den metaphysischen Idealismus mit dem Recht, wozu er den Weg über die Aufklärung nimmt und sich für das Recht des Naturrechts des 17. Jahrhunderts bedient. Seinen ersten Höhepunkt erreicht er in der Philosophie *Kants* und der Rechtsidee von *Fichte*<sup>33</sup>. Sie bieten das Gegenmodell zum *absoluten Staat* des 18. Jahrhunderts und nehmen den (semireligiösen) Gedanken des Absoluten gleichwohl selbst mit auf. Es gilt -zunächst neben dem realen aufgeklärten absolutistischen Staat- die Idee von der Vernunft Herrschaft des Rechts.

Auf diesen Rechtsidealismus gründet sich das deutsche Rechtsstaatsdenken. Es hat zunächst im vorkonstitutionellen Strafrecht und den sonstigen großen Gesetzeswerken seinen Niederschlag gefunden und dort den Schutz der Rechte der *Bürger* begründet. Danach hat es innerhalb der Weimarer Verfassung und vor allem auch durch das Grundgesetz als Rechtsstaatsprinzip (Art. 20, 79 III GG) seine besondere Verfestigung erfahren.

Insofern fand die wissenschaftliche Grundlegung der deutschen Straftheorie im 19. Jahrhundert statt, als sie noch ein etwas anderes, *strengeres* Strafrecht im Blick hatte.

*Mildernde* humane Elemente wie die Strafaussetzung zur Bewährung, die bedingte Entlassung nach zwei Dritteln oder den gelockerten Vollzug führt der Gesetzgeber erst 1953 ein. Er entnahm derartige Resozialisierungsangebote aus dem bereits individualpräventiven Jugendstrafrecht von 1923. Auch heute noch begreifen wir diese Regelungen eher als einen besonderen Teil des öffentlichen

---

<sup>32</sup> So etwa Jescheck/ Weigend, Strafrecht AT, 1996, 7 (u. Hinw. auf BVerfG 45, 187 ff., 253); siehe auch Maurach/ Zipf, Strafrecht AT, Bd 1, 1992, 266 ff.; Lenckner/Schnittenhelm, Gründe, 1989, 17 ff., 20; sowie Schmidhäuser, Strafrecht AT, Lb, 1975, 6 f.

<sup>33</sup> Fichte, Grundlage, 1796/1971, 1 ff., 52. Er erklärt die Idee des Rechts im Sinne des deutschen Idealismus: „Das deduzierte Verhältnis zwischen vernünftigen Wesen, das jede seiner Freiheiten durch den Begriff der Möglichkeit der Freiheit des anderen beschränkt, unter der Bedingung, dass der andere die seinigen gleichfalls durch die des ersten beschränke, heißt das Rechtsverhältnis.“ Vgl. dazu Art. 2 GG.

Rechts, im Sinne des humanen Vollzuges der Strafe, und weniger als Gegenstand der -vorrangigen- Frage nach der Begründung des Rechts zu strafen.

Die Kodifizierung des Strafrechts fand also *vor* der Einführung der Grundrechte statt und hat ihre Eigenständigkeit bis heute bewahrt. Ihr *Gesetzlichkeitsprinzip* „*nullum crimen sine lege*“, keine Strafe ohne Gesetz, besaß den Verfassungscharakter eines Bürgerschutzrechts. Das Strafrechtswissenschaft pflegt mit der Strafrechtstheorie auch deshalb ihre eigenen Traditionen und Denkweisen. Auch deshalb hat sich die Straftheorie im Strafrecht *neben* und abseits von der heutigen Verfassung und ihrer Verfassungsethik entwickelt. Das *Bundesverfassungsgericht* hat diese Strafrechtskultur aufgegriffen und mit dem Grundgesetz verbunden.

Jede *Unterart des Rechts* bildet ohnehin eine eigene Rechtssubkultur oder mit Worten aus der Rechtssoziologie ein halbautonomes „Subsystem“ aus. Umgekehrt prägen dann die Unterarten auch immer noch die Auslegung des Gesetzes und die Sicht auf das Gesamtsystem. So wird das deutsche Strafrecht vor allem vom idealen Strafgesetzbuch bestimmt und ihm dient das Strafprozessrecht (umgekehrt im pragmatischen angloamerikanischen Strafrecht). Der Vollzug, soweit er nicht im StGB inzwischen gleich mitgeregelt ist, tritt dahinter fast gänzlich zurück.

Die herkömmlichen Strafbegründungen, die dann für das *Bundesverfassungsgericht* 1977 in die *Vereinigungstheorie* einmündet, trennen gern zwischen den *absoluten* und den nichtabsoluten oder *relativen* Straftheorien. Die hier Feder führende Strafrechtswissenschaft vermengt sie dann doch in vielfältiger Weisen miteinander. Hierauf ist der Begriff von der Straf- oder auch Strafrechtstheorie gemünzt. Das Strafrecht versucht, seine eigenen Grundlagen zu erfassen.

Daneben erst entwickelt sich mit der Rechtsprechung des *Bundesverfassungsgerichts* eine Strafverfassungsethik. Sie setzt den Vorrang auf das Schuldprinzip, das es auf der Willensfreiheit des würdigen Menschen (Art. 1 I GG) gründet. Doch *dass* wir strafen dürfen, setzt offenbar auch die Verfassung voraus (vgl. Art. 103 GG). Die Verfassungsethik wird sich zwar vermutlich auf die Gerechtigkeitsidee stützen, die sie wiederum der Rechtsidee und somit Art. 20 III GG entnimmt.<sup>34</sup> Aber die Verfassung selbst regelt ausdrücklich nur das „wann“ und „wie“. Auch ansonsten hat das *Bundesverfassungsgericht* auf die strafrechtliche Vereinigungstheorie verwiesen.

---

<sup>34</sup> Zur fundamentalen Bedeutung von allgemeinen Gerechtigkeitsgrundsätzen auch in Gesetzesstaaten Kontinentaleuropas, und zwar als Folge eines „Rechts offener Staaten“ aus verfassungsrechtlicher Sicht: Di Fabio, *Recht*, 1998, 146, sowie entsprechend zur Beziehung von „Staat, Recht und Gerechtigkeit“, 148 ff.

Wer die hoch komplexe, weil zumindest *dreiteilige Vereinigungstheorie* erfassen will, der sollte am besten den strafrechtswissenschaftlichen Streit verfolgen und zunächst den Konsens herausarbeiten, vor allem in der Kommentarliteratur, der sie für die Rechtspraxis in die heutige Form gebracht hat.

Mit einem selbstkritischen Blick auf die Strafrechtswissenschaft ist zunächst deren *Tradition* zu betrachten. Ihr Strafrecht war ursprünglich ein nach dem Rechtsprinzip von „nullum crimen sine lege“ kodifiziertes, gelehrtes und praktiziertes Recht, und zwar jenseits von Verfassung, Gnade und Menschenwürde vor allem ein Teil der Rechtsidee.

Der Streit um die Strafbegründungen hat sich zunächst in der Kaiserzeit ausgeprägt, er hat die Zeit der Weimarer Verfassung überdauert und zwangsläufig auch die Anfangszeit und später auch politisch das bundesdeutsche Strafverständnis wertkonservativ mitregiert. Dieses Selbstverständnis beruht zunächst auf dem an sich politikfernen deutschen Idealismus<sup>35</sup> und führte zudem zu einem ebensolchen idealen oder pragmatischen staatsstreuen Rechtspositivismus. Der Humanismus, der sich vor allem in den immer milder werdenden Sanktionen zeigte, verlief gleichsam nebenher. Er betraf nur die Art der Ausübung, nicht aber die Frage nach den Gründen überhaupt zu strafen.

*Schulenstreit zur Kaiserzeit.* Wer auf den sogenannten Schulenstreit um die rechte Strafbegründung zur Kaiserzeit blickt<sup>36</sup>, der findet dort alle drei großen Begründungsstränge vertreten, und sie lassen sich heute wie folgt ordnen:

- *vergeltungsorientiert*, die klassische Schule mit dem Postulat der Willensfreiheit als Grundlage der Zurechnung<sup>37</sup>,
- *naturwissenschaftlich* individual- und auch generalpräventiv: der Determinismus als Bekenntnis zur Motivierbarkeit des Menschen<sup>38</sup> sowie
- der *sozial-psychologische* Ansatz, das allgemein menschliche und soziale Vergeltungsbedürfnis führe zum „Drang nach der Reaktion des Staates“<sup>39</sup>.

---

<sup>35</sup> Küpper, Strafen, 2003, 53 ff., 53 ff.

<sup>36</sup> Vormbaum, Einführung, 2015, § 5 I, 1.

<sup>37</sup> Vgl. u.a. Beling, Vergeltungsidee, 1908, 54 f.; Buri, Kausalität, ZStW 2 (1882), 232 ff, 233 f.; Binding, Normen, II, 1914, 52 f., 58 ff., 186; Bohnert, C., Straftheorie, 1992, 172.

<sup>38</sup> Liszt, Lehrbuch, 1919, 7., 111; 9., 118; vgl. 10., 102; 12./13., 124; Bohnert, C., Straftheorie, 1992; 163 ff.; Holzhauer, Willensfreiheit, 1970, 98 ff.

<sup>39</sup> Schmidt, R. Strafrechtsreform, 1978, 53, 63; Bohnert, C., Straftheorie, 1992, 180 ff.

Wer welche Ansichten im Schulenstreit vertritt, ist im Folgenden zu betrachten.  
Der Blick auf die Tradition ist fortzusetzen

## 2. Kapitel

### Gründungsväter der Vereinigungstheorie

#### I. Absolute Straftheorien (*Kant, Hegel*) und deren relative Elemente

Der Blick auf die Tradition ist fortzusetzen.

*Gerechtigkeitstheorie.* Die sogenannte Gerechtigkeitstheorie wird in der Strafrechtswissenschaft zumeist als *absolute* Straftheorie verstanden und im Gegensatz zu den relativen präventiv-pragmatischen Straftheorien begriffen. Diesem in der Lehrbuchliteratur üblichem Ansatz ist auch hier -zunächst- zu folgen, er reduziert zumindest die eigentliche Komplexität des Meinungsstandes.

*Kant* und *Hegel* gelten danach als die beiden großen Ahnherren der absoluten Straftheorie.

Und ihre Ideen finden wird schon auf den ersten Blick auch als Kern unserer Verfassungsidentität in Art. 1 und Art. 20, 79 III GG.

Die Gerechtigkeit ist, so lautet das Credo dieser Lehren, um ihrer selbst willen zu üben, und bildet somit den *Selbstzweck*, oder auch für das Strafen den *Sinn* der Strafe. Die Gerechtigkeit, und damit auch die gerechte Strafe, dient sich selbst und *nicht* etwa dem Staat, auch nicht dem demokratischen Staat.

Verfassungsethisch ist aus heutiger Sicht anzufügen: Im Gegenteil, sobald der Staat sich als Rechtsstaat begreift, unterwirft sich der Staat sich der Rechtsidee. Diese beinhaltet, bekräftigt vom *Bundesverfassungsgericht*, die materielle Gerechtigkeit.

Es gilt in Anlehnung an *Seneca* also doch „*punitur, quia peccatur*“ (Es wird bestraft, weil gesündigt worden ist.) und nicht der Strafzweck: „*punitur, ne peccetur*“ (damit nicht gesündigt wird), was *Seneca* selbst eigentlich gefordert hatte.<sup>40</sup>

Im Anschluss an *Kant* und *Hegel* hat die „klassische Schule“ in der deutschen Strafrechtswissenschaft in der Anfangszeit des Reichsstrafgesetzbuches dem Vergeltungsgedanken als *Gerechtigkeitstheorie* die Vorherrschaft zugesprochen. Ihren Ausdruck hat sie insbesondere durch *Binding* und *Beling* gefunden.<sup>41</sup>

---

<sup>40</sup> Seneca (4 vor Chr. bis 65 nach Chr.), Über den Zorn, Seneca, De ira, 1999. I 19 7.

<sup>41</sup> Zur klassischen Schule siehe Binding, Problem, 1915, 61; Beling, Vergeltungsidee, 1908. Zur Einordnung Roxin Strafrecht AT I, 2006, § 4 II, Rn. 2, § 4 II, Rn 2.

Kritisch ist diesen Vertretern der klassischen Schule und ihren Nachfolgern heute allerdings entgegenzuhalten, dass sie die Vorstellungen von *Kant* und *Hegel* nur teilweise übernommen haben. Insofern handelt es sich um eine Transformation der Rechtsphilosophie der Philosophen *Kant* und *Hegel* in das Strafrechtsdenken. Dasselbe geschieht auch heute noch und ist fast unvermeidlich, wenn man sich auf außerrechtliche Gesellschaftslehren und utilitaristische liberale (Nützlichkeits-) Philosophien stützt.

*Bindings* und *Belings* gewiss verengter Blickwinkel passt zu und entspringt mutmaßlich der politischen Grundhaltung dieser absoluten Straftheorien. Als moralische und deshalb nicht mehr hinterfragbare Lehre nutzen sie dem status quo der Jahrhundertwende der Kaiserzeit und stützen diesen konservativ.<sup>42</sup>

*Kants* Sicht ist zudem aus verfassungsrechtlicher Sicht bedeutsam, weil seine Moralphilosophie und deren Transformationen die Menschenwürde-Idee des Grundgesetzes mitgeprägt haben (Art. 1 I GG, Objektformel).

Allerdings wird gleich mit zu prüfen sein, inwiefern es sich um *reine* absolute Straftheorien handelt und inwiefern sie, *zusätzlich auch relative* Elemente einfordern oder der Sache nach vertreten, sodass sich aus ihren Lehren das Gesamtbild einer Art von Vereinigungstheorie ergibt, wenngleich mit dem deutlichen Vorrang einer absolut gesetzten Gerechtigkeit und jeweils einer Art von absoluter Subjektstellung, des moralischen Einzelnen oder des die Freiheit garantierenden Rechtsstaates.

*Zu Kant:*

*Kant* erklärt im Sinne der Gerechtigkeitstheorie: „*Er muss vorher strafbar befunden seyn, ehe noch daran gedacht wird, aus dieser Strafe einigen Nutzen für ihn selbst oder seine Mitbürger zu ziehen*“.<sup>43</sup>

Damit wendet *Kant* sich in seiner Zeit gegen den Vorrang des liberalen Utilitarismus.<sup>44</sup> Aber er erkennt aber auf diese Weise zugleich auch *zwei weitere Elemente* der Strafe, wenngleich als *nachrangig*, an, die wir heute als *individual- und generalpräventiv* begreifen würden. Nur gibt er dem absoluten Ansatz den *Vorrang*:

Das Strafgesetz gilt ihm als „*kategorischer Imperativ*“. Strafe ist für ihn zuerst eine moralische Pflicht aller Einzelner und vor allem der Täter:

„*Selbst wenn sich die bürgerliche Gesellschaft mit aller Glieder Einstimmung auflöste (z.B. das eine Insel bewohnende Volk beschlösse, auseinander zu gehen*

---

<sup>42</sup> Bohnert, C., *Straftheorie*, 1992, 183 f.; Wohlers, *Deliktstypen*, 2000, 55 m. w. N.

<sup>43</sup> *Kant*, *Metaphysik*, 1797, AA, VI, 331.

<sup>44</sup> Nachdrücklich Walther, *Rechtsbruch*, 2000, 199 f.

*und sich in alle Welt zu zerstreuen), müsste der letzte im Gefängnis befindliche Mörder hingerichtet werden, damit jedermann das widerfähre, was seine Taten wert sind und die Blutschuld nicht auf dem Volke haftet, das auf diese Bestrafung nicht gedrungen hat; weil es als Teilnehmer an dieser öffentlichen Verletzung der Gerechtigkeit betrachtet werden kann”*

*Denn die Tat richtet er gegen sich selbst*<sup>45</sup>.

Jedenfalls für den Mord laufen die moralische und pragmatisch-staatsphilosophische Begründung der Strafe zusammen<sup>46</sup>. Vorrang besitzt die moralische Sicht und Begründung. Denn grundsätzlich muss er zunächst ihretwegen strafwürdig sein. *Kant* geht es um die Ablösung der sittlichen (oder je nach Sprachgebrauch: moralischen, ethischen) Idee von der Gerechtigkeit von der realen Existenz eines Volkes. Die absolute Gerechtigkeit, die der Moralität des Einzelnen innewohnt, bildet die von ihm gesuchte Letztbegründung, sie trennt *Kant* von der sozialen.

*Kant* setzt zwar insgesamt zweispurig an, denn neben seine große, auf den Einzelnen bezogene Morallehre setzt er die obrigkeitliche Sicht, für die er seine (Staats-) Rechtslehre entwickelt. Die Strafe versteht *Kant* als staatliche Strafe, wie er auch das Recht generell nur als „öffentliches“ Recht definiert<sup>47</sup>. Aber auch insofern erklärt er in seiner Rechtslehre die „richterliche Strafe (poena forensis)“ und meint damit die staatliche<sup>48</sup>. Eine berühmte Gedankenfolge lautet:

*„Richterliche Strafe (poena forensis), die von der natürlichen (poena naturalis), dadurch das Laster sich selbst bestraft und auf welche der Gesetzgeber gar nicht Rücksicht nimmt, verschieden, kann niemals bloß als Mittel ein anderes Gute zu befördern für den Verbrecher selbst, oder für die bürgerliche Gesellschaft, sondern muß jederzeit nur darum wider ihn verhängt werden, weil er verbrochen hat; denn der Mensch kann nie bloß als Mittel zu den Absichten eines Anderen gehandhabt und unter die Gegenstände des Sachenrechts gemengt werden, wo wider ihn seine angeborne Persönlichkeit“ (lies die Menschenwürde) „schützt, ob er gleich die bürgerliche einzubüßen (lies: zur Strafe an bürgerlicher Freiheit) gar wohl verurtheilt werden kann.“*

---

<sup>45</sup> *Kant*, Metaphysik, 1797, AA, VI, 333; dazu auch Jakobs, Strafe, 2004, 23.

<sup>46</sup> Zur Trennung in moralphilosophische und staatsphilosophische Gründe, siehe Kaiser, H., Widerspruch, 1999, 69, m.w.N.; Enderlein, Begründung, 1985, 303 ff., unterscheidet drei Begründungen: Sittlichkeit, § 304 ff., das allgemeine Rechtsprinzip, § 308 ff., und den Staat, 309 ff.

<sup>47</sup> Schild, Strafmaßnahme, 1989, 429 ff., 438.

<sup>48</sup> *Kant*, Metaphysik, 1797, AA, VI, 331. Dazu auch Luf, Menschenwürde, 1998, 307 ff., 319.



*Kant* erkennt und verwirft auch in seinem berühmten Satz, der in unserer Objektformel für Art 1 I GG einmündet, nur die Alternative der *reinen* präventiven Strafbegründung. „Nie bloß als Mittel, ein anderes Gutes zu befördern“<sup>49</sup> meint nicht vorrangig dem Gemeinwohl zu dienen, etwa einen Sündenbock zu finden, um aufgebrachte Menschengruppen zu beruhigen. Aber „nicht bloß“ als Mittel heißt auch, dass er nachrangig mit seinen Tätigkeiten und seinen Pflichten „auch“ dem Gemeinwohl dient.

Auch hat schon *Kant* in einer nachgelassenen Handschrift, und auf seiner zweiten obrigkeitlichen Denkspur ausgeführt,

„Alle Strafe im Staat geschieht wohl zur correction und Exempel“<sup>50</sup>.

die *justitia punitiva* habe zur Absicht,

den Untertan aus einem schlimmen in einen besseren umzuwandeln,

durch warnende Beispiele andere abzuhalten und

Unverbesserliche aus dem Gemeinwesen, sei es durch Deportation, exilium oder Tod wegzuschaffen“<sup>51</sup>.

Damit ist auch die Allgemeinheit erfasst, an die die Strafdrohung sich aus generalpräventiver Sicht wenden soll und somit die Befreiung der Strafbegründung vom Staat gemeint, der sich vereinfacht über „Volk, Gewalt und Gebiet“ definiert. Für die Befehlsmacht des hoheitlichen Staates und dessen Justiz wählt *Kant* ohnehin einen zweiten Blickwinkel.

*Kant* bleibt zwar scheinbar in seinem berühmten Inselbeispiel die Begründung schuldig, weshalb die Strafe nur wegen der Tat zu verhängen ist. Aber darin liegt exakt die *Absolutheit* der moralischen Gerechtigkeit. Er setzt auf die Evidenz dieser Art der Vernunft.

Zugleich aber sieht er den einzelnen Menschen als ein *Subjekt moralischer Selbstgesetzgebung*, weshalb jenem auch, aus heutiger Sicht, seine Würde als

---

<sup>49</sup> Kant, Metaphysik, 1797, AA, VI, 331.

<sup>50</sup> Kant, Nachlass, Moralphilosophie, AA, XIX, 586 Nr. 8029, aufgegriffen auch von Sinn, Freistellung, 2007, 281.

<sup>51</sup> Kant, Nachlass, Moralphilosophie, AA, XIX, 587, Nr. 8035, Sinn, Freistellung, 2007, 281.

Höchstwert zukommt.<sup>52</sup> Die (objektive) Vernunftidee der Gerechtigkeit ist also mit dem (subjektiven) Menschsein verbunden.

*Kant* weitergelesen, führt deshalb zum Satz: Der Grund der Strafe sei also nicht allein im Verbrechen zu sehen, sondern darin, dass „er“ es verbrochen hat: „also: Was für unverschuldetes Übel du einem Anderen im Volk zufügst, tust du dir selbst an. ... tödtest du ihn, tödtest du dich selbst“.<sup>53</sup>

Insofern erweist sich die herkömmliche Lesart der *kantschen* Vergeltungsverkürzt als Gerechtigkeits- und jene als absolute Straftheorie. Die Strafe erscheint als Folge des *Autonomieprinzips*. Mit *Schild* wird nur dadurch, dass der Verbrecher als Vernunftwesen, als Subjekt angesprochen wird, dass er diese Strafe „verdient“, die Strafe dann auch wirklich die „Seine“. Erst darin erscheint seine Bestrafung als Akt der Widervergeltung<sup>54</sup>. Jedes Verdienen meint, sich selbst einen Wert wie einen Lohn zu verschaffen oder aber eben auch ein Übel, wie eine Strafe, auf sich selbst zu ziehen.

Die eigentliche und an sich berühmte Grundlage des *kantschen* Denkens bleibt bei ständigen Hinweisen auf seine Vorstellungen zur Strafgerechtigkeit seltsam im Hintergrund. Es ist seine Handlungsmaxime. Das Erfahren von Unrecht führt zur Frage nach dem Recht:

*„Der kategorische Imperativ ist also nur ein einziger und zwar diese handle nur nach derjenigen Maxime, durch die du zugleich wollen kannst, daß sie ein allgemeines Gesetz werde.“*<sup>55</sup>

*Kant* beschreibt also die gute oder gerechte Handlung. Sie steht gleichsam hinter allen konkreten Straftatbeständen und deren Verbotsnormen. Mit diesem Verallgemeinerungsgebot beschreibt er auch die Grundidee des Gesetzes.

---

<sup>52</sup> Dazu Luf, Menschenwürde, 1998, 307 ff., 309.

<sup>53</sup> Kant, Metaphysik, 1797, AA, VI, 332; vgl. auch Höffe, Rechtsprinzipien, 1990, 238 f.

<sup>54</sup> Schild, Strafmaßnahme, 1989, 429 ff., 438, u. Hinw. auf Kant (Weischedel), Metaphysik, Anhang, 1797/1982, Band VIII, 488: „er seine Übeltat sich selbst über den Hals zieht, und ihm, wenn gleich nicht dem Buchstaben, doch dem Geiste des Strafgesetzes gemäß, das widerfährt, was er an anderen verbrochen hat“.

<sup>55</sup> Kant, Grundlegung, 1785, AA, IV, 421 Hervorhebungen nicht im Original) „Der kategorische Imperativ ist also nur ein einziger und zwar dieser: *handle nur nach derjenigen Maxime, durch die du zugleich wollen kannst, daß sie ein allgemeines Gesetz werde.*“ (Grundformel), Siehe zudem: 420 Fußnote: „Maxime ist das *subjective Princip* zu handeln und muß vom *objectiven Princip*, nämlich dem *praktischen Gesetze*, unterschieden werden. Jene enthält die praktische Regel, die die Vernunft den Bedingungen des Subjects gemäß (öfters der Unwissenheit oder auch den Neigungen desselben) bestimmt, und ist also *der Grundsatz, nach welchem das Subject handelt*; das Gesetz aber ist das *objective Princip*, gültig für jedes vernünftige Wesen, und *der Grundsatz, nach dem es handeln soll, d. i. ein Imperativ.*“

Zudem verlagert er diese Vernunftidee in das Selbst eines jeden Menschen, er begreift ihn als autonom.

Das große *Gesetzlichkeitsprinzip* findet hier seine Grundlegung, und zwar bis hin zum strafrechtlichen Grundsatz: „Keine Strafe ohne Gesetz“.

Zugleich liefert *Kant* die Grundlage für den *Schuldvorwurf*. Der Täter habe sich nicht an die *Maxime* gehalten, obwohl er es als vernünftiger Menschen hätte tun können. Er hat gegen sein *eigenes Grundgesetz* verstoßen.

*Diskussion.* Das Talionsprinzip, meint zwar *Walther*, erscheine *Kant* eher als *Notlösung*. Im Vordergrund stehe die Gerechtigkeit im Sinne der Gleichheit<sup>56</sup>. Das Vergeltungsprinzip der Goldenen Regel „Wie Du mir, so ich Dir“ erscheint in der Tat erst als eine Folgerung aus des *kantschen* Verallgemeinerungsprinzip<sup>57</sup>. Nach seiner *Maxime* verallgemeinert behandelt, wird der vernünftige Täter dasselbe Übel wollen und spüren müssen. Auch ergibt die Forderung nach Universalisierung für sich betrachtet nur die Antwort auf die Frage nach dem richtigen Verhalten und hilft, Falsches zu bestimmen. Sie zielt aber nicht auf die Frage, wie bei einem Verstoß zu verfahren ist. Dennoch offenbart das Inselbeispiel *Kants* Wertmaßstab, weil er sich darin sogar für die Todesstrafe ausspricht, sie als eine Vergeltung mit dem Gleichen fordert.

Der *staatliche Richter* bestätigt nach diesem Ansatz also in der Tat nur, was die Ethik des vernünftigen Verbrechers vorbeschrieben hat. Aber auch andere gute Strafzwecke dürfen hinzugefügt werden. Deshalb ist dem Täter, und zwar in diesem Sinne persönlich, seine Tat auch vorzuwerfen.

Geboten ist danach, wie im gegenwärtigen Strafrechtsverständnis in *erster Linie* also, das Übel zu erkennen und zu bestimmen. Auch die an sich verdiente *Selbstbestrafung* ist danach lediglich eine naheliegende, aber nicht einmal sie ist eine zwingende Folge.

Insbesondere Untersuchungen von<sup>58</sup>, *Seelmann*<sup>59</sup> und *Armin Kaufmann*<sup>60</sup> begründen die Korrektur der klassischen Gerechtigkeitslehren im Strafrecht. Die Vereinfachungen der klassischen Schule haben - erst nunmehr - ausgedient.

---

<sup>56</sup> Walther, Rechtsbruch, 2000, 199 f.; dazu mit weiteren Nachweisen Schmitz, Legitimität, 2001, 99 ff., ebenfalls in Betonung der Doppelspurigkeit des kantschen Ansatzes (S. 101 ff.).

<sup>57</sup> Zur goldenen Regel und zum kategorischen Imperativ Kants siehe etwa Maihofer, Rechtsdenken, 1982, 579 ff., 582; ders., Naturrecht, 1963, 23 ff.; Maihofer, Sinn, 1956; Hruschka, Konkurrenz, JZ 1987, 941 ff.; ders., Kant, 1993, 129 ff..

<sup>58</sup> Schild, Aktualität, 1979, 199 ff.; sowie Schild, Ende, ARSP 70 (1984), 71 ff.

<sup>59</sup> Seelmann, Hegel, JuS 1979, 687 ff.

*Schild* etwa<sup>61</sup> arbeitet den zweckorientierten Teilansatz nachdrücklich heraus. in der Philosophie des deutschen Idealismus habe es nie eine „reine Vergeltungstheorie“ gegeben.

<sup>62</sup> So erkläre *Kant*, aus der Strafe könne auch ein pragmatischer Nutzen für den Täter oder dessen Mitbürger gezogen werden, nur müsse der Täter vorher für strafwürdig befunden werden. Strafe könne nach den Regeln der Klugheit als bessernde Strafe, die den Täter züchtige, oder als warnende, um andere durch das abschreckende Beispiel von der Begehung von Verbrechen abzuhalten, eingesetzt werden. Diese beiden Zwecke könnten auch vereinigt werden mit der Wirkung, „jedem das Seine zu erhalten“. *Kant* setze dementsprechend nach, indem er erkläre, diese Zwecke seien jedoch nicht aus sich selbst heraus gerecht, sondern könnten auch unsittlich sein. Unrecht oder pflichtwidrig seien sie, wenn sie gegen den kategorischen Imperativ verstießen und zwar aufgrund eines Verbrechens in der Vergangenheit.

Insofern sei die Strafe eine moralische, rächende und streng *vergeltende*, damit jedem geschähe, was Recht ist. Weiterhin liege die moralische und gerechte Strafe in der Erkenntnis, dass die Handlung des Täters eine böse sei, also im richterlichen Urteilsspruch<sup>63</sup>. Aber *Kant* sage an anderer Stelle auch, dass die Obrigkeit nur *pragmatische* Strafen verhängen könne.

Diese heutigen straf-rechtsphilosophischen Deutungen der originären *kantschen* Lehre haben die *Lehrbuch-Literatur* aber zumeist nicht erreicht. Sie sehen ausschließlich die absolute Seite.

So setzt sich *Kant* einerseits für eine strenge Art von Gerechtigkeit ein. Zum anderen erlaubt sein Ansatz aber auch die Trennung von *Legalität* und *Moralität*. Auf die Strafe bezogen führen seine Vorstellungen zu einer Art von *zweisäulige Vereinigungstheorie*. Die Moralität betrifft das Handeln des Einzelnen, bis hin zur Selbstbestrafung. Die Legalität liegt weitgehend in den Händen des staatlichen Gesetzgebers.

*Kant* kann als idealischer Philosoph noch zwischen Moral und Gesetz trennen. Aber die modernen Verfassungen, die die Idee der Menschenwürde kodifizieren und auch die Idee des an ihr ausgerichteten Rechts enthalten, verlangen einen minimaletischen Kern des Rechts, also die Verbindung von beiden. *Kants*

---

<sup>60</sup> Kaufmann, Armin, Aufgabe, 1983, 5 ff. siehe auch Mosbacher, Straftheorie, ARSP 2004, 210 ff. 219 ff. (Kants präventive Straftheorie), Sander, Grenzen, 2007, 6.

<sup>61</sup> Schild, Ende, ARSP 70 (1984), 71 ff., 76 f., vgl. auch die Ausführungen von Höffe, Rechtsprinzipien, 1990, und dessen Kant-Analyse, Höffe, Grundlegung, 1989, 242 f., u.a. mit der These, die Vergeltungstheorie beanspruche keine umfassende Legitimation. Die gewichtige Frage, ob der Staat überhaupt strafen dürfe, setze *Kant* als (positiv) beantwortet voraus. Höffe skizziert die Umrisse einer „Vereinigungstheorie“ aus kantschem Blickwinkel, 42 ff., insbes. 245 f.: Der Vergeltungsgedanke (verbunden mit der Strafe als ultima ratio und der Forderung nach Bestrafung nur des Schuldigen) sei als „prioritär“ anzuerkennen. Neben dem Hauptzweck, der „Rechtsgarantie“, seien die beiden präventiven Begründungsstränge, die Abschreckung und die Resozialisierung“ legitime Nebenzwecke“ (247 f.).

<sup>62</sup> Schild, NK StGB, 2017, , § 20, 53.

<sup>63</sup> Schild, Ende, ARSP 70 (1984), 71 ff. , 83.

Ausweg ist dem deutschen (Verfassungs)- Rechtswesen verschlossen. Sein Strafrecht hat dafür, wie sich zeigen wird, erhebliche Problem damit, dem individuellen Täter seine höchstpersönliche Schuld konkret nachzuweisen; denn kein Richter kann in die Seele eines Angeklagten hineinsehen, erst recht (und vielleicht gelegentlich auch der Täter selbst nicht mehr), wenn seit der Tat schon erhebliche Zeit verstrichen ist. Es handelt sich immer nur um eine Konstruktion der wirklichen Tatschuld, die zudem eigentlich noch eine bloße Rekonstruktion im Nachhinein darstellt.

*Hegels absolute Freiheits- und ideale Staatslehre.* Hegel<sup>64</sup> schreibt den kantschen moralischen Ansatz fort. Er gründet seine Sicht auf den Willen<sup>65</sup>. Der Täter müsse als vernünftiges Wesen die Strafe als eigene wollen. Man müsse den Täter strafen, wenn man ihn als vernünftiges Wesen ehren wolle:

Den materiellen Kern seines Denkens gibt der folgende berühmte Satz wieder:

*„... Daß die Strafe darin als sein eigenes Recht enthaltend angesehen wird, darin wird der Verbrecher als Vernünftiges geehrt. - Diese Ehre wird ihm nicht zuteil, wenn aus seiner Tat selbst nicht der Begriff und der Maßstab seiner Strafe genommen wird; - ebenso wenig auch, wenn er nur als schädliches Tier betrachtet wird, das unschädlich zu machen sei, oder in den Zwecken der Abschreckung und Besserung.“*<sup>66</sup>.

Heute könnten wir hinzusetzen, dass er trotz allem ein Wesen ist, dass seine Menschenwürde behält, wir allerdings aus ihr auch das Prinzip der Eigenverantwortung ableiten. Im Zusatz „nur“ („als schädliches Tier betrachtet wird, das unschädlich zu machen sei, oder in den Zwecken der Abschreckung und Besserung“) steckt zudem dieselbe Einsicht wie bei Kants „nicht bloß“ zum Objekt. Strafe kann *auch* diesem Zwecken dienen. *Hegel* bietet also ebenfalls eine *Vereinigungstheorie* an, er setzt den Schwerpunkt jedoch auf die Vernunft.

Dem ist insofern auch heute noch zuzustimmen, als die Freiheitsstrafe die Idee der politischen Freiheit voraussetzt. Aber mit dem Wort „nur“ (bei Kant „bloß“) zeigt auch *Hegel*, dass präventive Gesichtspunkte doch auch eine beachtliche Rolle spielen dürfen.

---

<sup>64</sup> Hegel, Grundlinien (Hoffmeister), 1820/1995 , § 104, §§ 90 bis 103; Primoratz, Banquo, 1986, etwa 42 ff., mit der Bestimmung des Verbrechens als „in sich nichtig“; sowie die kritische Rezension von Köhler, Rezension Primoratz, ARSP 75 (1989), 265 ff.

<sup>65</sup> Nachdrücklich Schmitz, Legitimität, 2001 , 116 ff. Hegel, Grundlinien (Hoffmeister), 1820/1995 , § 101; auch das Gewissen will Hegel als ein objektives Verstehen, Hegel, Grundlinien (Hoffmeister), 1820/1995 , § 137.

<sup>66</sup> Hegel, Grundlinien (Hoffmeister), 1820/1995 , § 100. Siehe dazu auch: Kühl, Strafrechtsphilosophen, Hegel, 2013 , Der Begriff der Strafe, II.

Zudem beinhaltet diese Ehre eine überindividuelle Sicht insoweit, als sie der Vernunft entspringt. Danach hat der Einzelne einen Anteil an der Vernunftidee. Auch beinhaltet, eine Ehre zuzuerkennen, eine Zuschreibung von anderen, anders als das Bild vom Menschen als Subjekt bei *Kant*.

Hegel erklärt formal:

*„Das Recht gegen das Verbrechen in der Form der Rache (§ 102) ist nur Recht an sich, nicht in der Form Rechts, d. i. nicht in seiner Existenz gerecht. Statt der verletzten Parthei tritt das verletzte Allgemeine auf ....*

*und sich in die wahre Versöhnung des Rechts mit sich selbst, die Strafe verwandelt...*

*in dessen Vollstreckung an ihm er somit selbst nur die Befriedigung der Gerechtigkeit, nur die That, des Seienden findet.“<sup>67</sup>*

Hegel sieht also zwar die Rache einer einzelnen Partei als ein Grundelement des Strafens. Aber erst das Recht der *Allgemeinheit* lässt die Rache zu Recht und zur gerechten Strafe werden. Hegel geht es also vor allem um eine Art von säkularisierter Heilung<sup>68</sup> des *Rechtsbruchs*. Es ist die Idee vom „*Aufheben des Verbrechens*“.<sup>69</sup>

Strafe für die Rechtsverletzung sei die „Manifestation ihrer Nichtigkeit“. Das Recht ist dabei das „Dasein der Freiheit im konkreten Sinne“.<sup>70</sup>

Strafe sei für Hegel, so die gängige Kurzformel, die etwa auch *Kindhäuser* verwendet, die „Negation der Negation des Rechts“.<sup>71</sup>

---

<sup>67</sup> Hegel, Grundlinien (Hoffmeister), 1820/1995 , § 220.

<sup>68</sup> Noch kritischer Lüderssen, Wege, 1998, 25 ff., 58; solche Begründungen seien „trivial, erklären gar nichts“ und „verhüllen nur den nach wie vor wirksamen theologischen Ursprung.“

<sup>69</sup> Hegel, Grundlinien (Hoffmeister), 1820/1995 , § 101, 192; auch das Gewissen will Hegel als ein objektives Verstehen, Hegel, Grundlinien (Hoffmeister), 1820/1995 , § 137.

<sup>70</sup> Hegel, Grundlinien (Hoffmeister), 1820/1995 , § 95 "Der erste Zwang als Gewalt von dem Freien geübt, welches das Dasein der Freiheit im konkreten Sinne, das Recht als Recht verletzt, ist Verbrechen, - ein negativ - unendliches Urtheil, in seinem vollständigen Sinne, durch welches nicht nur das Besondere, die Subsumtion einer Sache unter meinen Willen (§. 85), sondern zugleich das Allgemeine, unendliche im Prädikate des Meinigen, die Rechtsfähigkeit und zwar ohne die Vermittlung meiner Meinung (wie beim Betrug) (§.88) ebenso gegen diese negiert wird, - die Sphäre des peinlichen Rechts“, zudem: §§ 97 ff.

<sup>71</sup> So etwa Kindhäuser, Strafrecht, AT, 2015 , § 2 Rn 9.

Das Strafen beinhaltet insofern einen realen Akt (Manifestation), der zugleich der Änderung der normativen Welt dient (Nichtigkeit).

Der Staat stellt für *Hegel* die ideale Verkörperung der Freiheit dar und auch das Recht ist eng mit ihr verbunden. *Staat, Recht und Freiheit* bilden ein ganzheitliches Konstrukt. Die Idee des *Rechtsstaats*, Art. 20 III GG, ist eng mit diesem Idealbild des Staates verbunden.

Der Einzelne, sei er Opfer oder auch Täter, tritt dahinter allerdings zurück. Aus der Schuld wird vor allem die Ehre, ein vernünftiges Wesen zu sein. Die Strafe dient vor allem der Heilung des Rechtsbruchs, der Restauration.

Damit schlägt *Hegel* -insofern- eine deutliche Brücke zur *positiven Generalprävention* im Sinne der Erhaltung der Rechtstreue der Allgemeinheit, als die vergangene Verletzung des Rechts dann nicht nur aufgehoben ist, sondern die volle Geltung des Rechts auch in die Zukunft wirkt und somit unter anderem auch die Rechtstreue stärkt. Insofern sieht etwa *Müller-Tuckfeld*<sup>72</sup> in *Hegel* zu Recht einen frühen Vertreter der „Integrationsprävention“<sup>73</sup>, einer Ausformung der Strafbegründung vorrangig über die positive Generalprävention.

Zudem deutet *Hegel* die Existenz eines *Sonderrechtes* an: Eine Einschränkung sei beim Strafen zu machen, wenn jemand aus „Blödsinn“ oder „Verrücktheit“ handle oder ein Kind sei<sup>74</sup>. Wenn der Täter nicht vernünftig, also unfrei, agiert, liegt also eigentlich kein Verbrechen im obigen Sinne vor. Auch kann solchem Täter dann nicht die „Ehre“ des Freien und Vernünftigen zuerkannt werden. Damit nähert *Hegel* sich im Ergebnis immerhin dem *heutigen Schuldstrafrecht* und seinen Ausnahmetatbeständen an. Die Maßregeln der Besserung und Sicherung für Geisteskranke dienen zumindest auch dem Schutz der Allgemeinheit; das Bild vom wilden Tier ist allerdings von der eher *kantschen* Idee der Menschenwürde überwölbt.

*Fazit:* Die geistige Reduktion der sogenannten klassischen Schule des Strafrechts auf die *staatliche*, aber *absolute*, von jeder Vorbeugung losgelöste Vergeltungs- oder Gerechtigkeitstheorie erscheint deshalb eher am *hegelschen* Rechts- und Staatsverständnis ausgerichtet und hängt über seine Sicht zugleich eng mit der Idee des *Gesetzespositivismus* zusammen. Letztere verordnete

---

<sup>72</sup> Müller-Tuckfeld, Integrationsprävention, 1985, 281 ff.

<sup>73</sup> Zur naheliegenden Frage, ob von Hegels Staatsphilosophie eine Linie zum Totalitarismus des Nationalsozialismus zu ziehen ist, und letztlich scharf ablehnend: Schild, Hegel, 1997, 179 ff., u.a. 216.

<sup>74</sup> Hegel, Grundlinien (Hoffmeister), 1820/1995, § 99.

gleichsam einen untertänigen Verzicht auf das Nachdenken über das ideale Staatswesen.

Es ist also in erster Linie die klassische Schule selbst, die auf den Vorrang der Gerechtigkeitstheorie im Sinne schlichter Wiedervergeltung setzt. Der Sache nach handelt es sich um eine, zudem zeittypische *historisierende* Verwendung von Elementen klassischer Ideen.

Getrennt zu halten sind zugespitzt ohnehin zwei absolute Straftheorien,

- (1) die individualistische *Kants* und
- (2) die überindividualistische Idee *Hegels*.

*Kants* Straftheorie wird von der *inneren Moral* des einzelnen *Menschen* bestimmt, vgl. Art. 1 I, II GG. *Hegels* Theorie bietet eine, wenngleich ebenfalls an der Vernunft orientierte Ausrichtung an der Über-Idee des *Freiheitsrechts*, das vor allem als *Recht* verletzt wird und damit in erster Linie den idealen Freiheits- und Rechtsstaat beeinträchtigt, vgl. Art. 20 III, 103 II GG.

Wer schlicht von Vergeltung spricht, zielt vor allem auf das Unrecht. Er erstrebt die Wiederherstellung eines ursprünglichen Rechtszustandes. Er will im *hegelschen* Sinne das Unrechte wieder aufheben, und zwar durch eine „Manifestation“.

Allerdings hat sich auch gezeigt, dass schon *Kant* und *Hegel* eine Art von *Vereinigungstheorie* vertreten, wenn gleich mit dem deutlichen Vorrang einer absolut gesetzten Gerechtigkeit.

## **II. Relative Straftheorien (*Feuerbach*, *Liszt*) und ihre absoluten Elemente; These: Gemeinsames von *Kant* bis *Liszt***

Die relativen Straftheorien sehen wir rückblickend in Bezug auf die absoluten, Sie sind nicht wie jene auf den „Sinn“ ausgerichtet, sondern auf den Zweck. Wir trennen in der Strafrechtswissenschaft den generalpräventiven und den individualpräventiven Theorieansatz. Der erstere will unmittelbar und nur auf die *Allgemeinheit*, vereinfacht die Bevölkerung, einwirken. Der zweite blickt jedenfalls zunächst auf den *einzelnen Täter*, in der Regel aber auch, um auf diese Weise auch die Allgemeinheit schützen.

In der Rechtspraxis nimmt die Lehre von der Generalprävention vor allem das *Gesetz und seine Auslegung* in den Blick, etwa teleologisch als „Schutzzweck der Normen“ des Strafgesetzbuches. Die Idee von der *Individualprävention*



prägt vor allem die Art und Weise des *Vollzuges*, etwa als bedingte Entlassung, und sie schließt auch Rechtfertigung der Verurteilung zur Freiheitsstrafe zur Bewährung mit ein, deren Aussetzung aber bei Nichtbewährung auch widerrufen werden kann.

Relevant sind diese Strafrechtstheorien also bis heute geblieben. Ihr Kerninhalt ist immer noch deutlich in den modernisierten Strafrechtstheorien der Gegenwart zu erkennen.

Zwei große Ahnherren des 19. Jahrhunderts gilt es sich zu merken: *Feuerbach* und *Liszt*.

*Feuerbachs Generalprävention*: Zu Beginn des 19. Jahrhunderts hat Anselm von *Feuerbach* für das deutsche Strafrecht die psychische Zwangstheorie ausgearbeitet,<sup>75</sup> die wir heute als negative Generalprävention<sup>76</sup> bezeichnen. Er hat auch das für Deutschland grundlegende Bayrischen Strafgesetzbuch von 1813 verfasst.<sup>77</sup>

*Feuerbach*<sup>78</sup> zufolge liegt der Rechtsgrund der Strazzufügung in der vorangegangenen, auf den konkreten Fall bezogenen Drohung des Gesetzes.<sup>79</sup> Die Sanktionsandrohung soll die Allgemeinheit von Straftaten abhalten:

---

<sup>75</sup> Siehe den Sammelband „*Feuerbachs Bayerisches Strafgesetzbuch. Die Geburt liberalen, modernen und rationalen Strafrechts*“, und dort etwa zum neuen rationalen Straffensystem: Czeguhn, Strafgesetzbuch 2014, 227 ff., 235 (\"ein abgestuftes, dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit Rechnung tragendes System“ der Strafen, mit der Freiheitsstrafe im Mittelpunkt, Todesstrafe wurde aber beibehalten).

<sup>76</sup> Dazu, dass Feuerbach als klassischer Vertreter der Theorie der negativen Generalprävention angesehen wird, vgl. Neumann / Schroth, Theorien, 1980, 333 ff.; Jescheck/ Weigend, Strafrecht AT, 1996, 68.

<sup>77</sup> Feuerbach, Revision, 1799, Hervorhebungen kursiv im Original, 40, 43 ff.; Feuerbach, Revisionen, JALZ-Ergänzungsblätter, 1801, Sp. 255 f., 257, 258. Siehe auch Hippel, Strafrecht, 1925-1930, 248 f.; Naucke, Kant, 1962, 12 ff.; Schreiber, Gesetz, 1976, 103 f.; Regge, Kriminalstrafe, 1989, 227 ff, 236; sowie Bohnert, J., Feuerbach, 1982, 11 ff.

<sup>78</sup> Vgl. Feuerbach, Strafe, 1800, 101 ff.; Frommel, Präventionsmodelle, 1987 (ansetzend bei Feuerbach sowie mit einer Kant-Kritik, aber auch zu Binding); sowie Müller, H., Generalprävention, 1984, 78 f.

<sup>79</sup> Dieser Ansatz ist älter, vgl. Höffe, Rechtsprinzipien, 1990, 218, u. Hinw. auf Pufendorf, *jure naturae*, 1672, Kap. 3, §§ 23 bis 24; Pufendorf habe schon vor Beccaria, Bentham und Feuerbach gefordert, die Strafe an der „*utilitas rei publicae*“ zu bemessen, zugleich mit der Forderung, die Präventionstheorien nicht allein mit dem britischen Utilitarismus und die Vergeltungstheorien nicht allein mit Kant und einem etwaigen deutschen Sonderweg zu verbinden.

Regge, Kriminalstrafe, 1989, 227 ff., 237, weist darauf hin, dass Elemente der Theorie vom psychologischen Zwang in Umrissen bereits in den Lehren von Hobbes, Pufendorf und noch deutlicher bei Achenwall (1719 - 1772) aufgetreten seien.

„...der Staat muss sich solcher Mittel bedienen, durch welche es dem Bürger psychologisch unmöglich wird, zu schaden; durch welche sie bestimmt werden, keine Rechtsverletzungen zu begehen, sich zu keiner zu entschließen.“<sup>80</sup>

Zudem:

„..., wenn jeder Bürger gewiss weiß, dass auf die Übertretung ein größeres Übel folgen werde, als dasjenige ist, welches aus der Nichtbefriedigung des Bedürfnisses nach der Handlung (als einem Objekt der Lust) entspringt.“<sup>81</sup>

An dieser Art der Strafbegründung hat schon *Hegel* mit einem bekannten Wort Kritik geübt „Es ist mit der Begründung der Strafe auf diese Weise, als wenn man gegen einen Hund den Stock erhebt, und der Menschen wird nicht nach seiner Ehre und Freiheit, sondern wie ein Hund behandelt“<sup>82</sup>.

Dennoch sprechen wir auch heute noch von *Strafandrohung*.<sup>83</sup> Außerdem liefert *Feuerbach* auf den zweiten Blick -insofern- auch keine *Begründung* für die Strafe. Er will die Menschen „mit dem erhobenen Stock“ davon *abhalten*, Straftaten zu begehen und so reale Strafen zu erleiden. Allerdings hat die Androhung ihren *Zweck verfehlt*, wenn gleichwohl Straftaten begangen werden.

Ferner ist das Bild *Hegels*, und auch die übliche Abwertung der psychischen Zwangstheorie, einseitig und deshalb schief. Denn als Hund wird nur derjenige Mensch behandelt, der sich im Sinne von *Hegel* in *Freiheit* und unter Einsatz seiner *Ehre* dafür entscheidet, Straftaten zu planen oder dabei ist, zu ihnen unmittelbar anzusetzen. Nur die frei Handelnden und die Tatgeneigten trifft die Strafdrohung. Der Täter, der sich mit der Tat den Schuldspruch und also einen *sittlichen Makel* verdient, hat seinen Anspruch insofern verwirkt und strafweise auch Teile seiner Freiheit. Wir ehren ihn im *hegelschen* Sinne als Freien.

Im Sinne von *Hegel* belassen wir heute jedem Täter, auch dem Mörder, die Menschenwürde; er kann also niemals „nur“ verobjektiviert werden. Aber auch *Feuerbach* selbst spricht immerhin von „Bürgern“ und nicht von Untertanen.

Wichtiger ist aber ein anderer Teil seiner Schriften, der in der Regel nicht mit seiner psychischen Zwangstheorie verbunden wird.

---

<sup>80</sup> Feuerbach, Revision, 1799, 40- hervorgehoben im Original.

<sup>81</sup> Feuerbach, Revision, 1799, 45 f.- überwiegend. Hervorgehoben im Original- Dazu ausführlicher Erber-Schropp, Schuld, 2016, 45.

<sup>82</sup> Hegel, Grundlinien (Hoffmeister), 1820/1995, § 99, Zusatz.

<sup>83</sup> BVerfG, Inzest-Entscheidung, 120, 224, 240-Inzest-Urteil („Androhung, Verhängung und Vollziehung von Strafe“); herausgestellt auch von Murmann, Grundkurs, 2015, § 8 Rn 13.

*Feuerbach* hat zugleich die *rechtsstaatlichen* Grundideen seiner Zeit zum Satz „*nullum crimen, nulla poena*“<sup>84</sup> gestanzt und damit zur Formel für das Strafrecht ausgeprägt, § 1 StGB, Art. 103 II GG, Art. 7 EMRK, Art. 49 GRC. Diese Form konnte er also mit Inhalt füllen; vage Strafadeen erhielten ein Gefäß. Damit hat er zugleich ein Element eingeführt, das wir der allgemeinen oder auch der positiven Generalprävention im Sinne der Rechtssicherheit und des Rechtsgüterschutzes zuordnen könnten und das auch zur Erhaltung der Rechtstreue der Allgemeinheit beiträgt.

*Feuerbach* hat nicht nur ein deutsches Strafrechtslehrbuch veröffentlicht, er war auch der Vater des *Bayrischen Strafgesetzbuches* von 1813. Dieses Gesetzeswerk lehnt sich seinerseits an den französischen Code Napoleon an. Es setzt also die progressiven und idealistischen Ideen der französischen Revolution von 1789 mit der Erklärung der Allgemeinen Menschenrechte ebenso voraus wie es zu einem Teil der konservativen und praktischen Gedankenwelt der Restauration wurde.

Dieses neue Recht bot die Grundlage für die übrigen deutschen Landesstrafgesetze, einschließlich des preußischen StGB von 1851.

Zu dieser gesetzlichen Drohung gehört bei *Feuerbach* also auch die Gegenseite, der Schutz der *Bürger* vor dem Strafrecht. Der Satz „*nullum crimen sine lege*“, geht auf die Zeit der Freiheitsrechte zurück und nicht auf das römische Recht.

*Feuerbachs* Schriften zeigen, dass er den generalpräventiven Ansatz vorrangig auf die Rechtfertigung von *Gesetzen* bezieht, die nunmehr auch grundsätzlich von allgemeiner Art sind und sein sollen. Sein Gegenstand erfordert also diese Blickwinkel. Rechtsprechung und Vollzug sind demzufolge nachgeordnet.

Die Rechtfertigung der konkreten Strafe selbst sieht er in der begangenen Handlung.<sup>85</sup> Insofern neigt er einem nunmehr *bürgerlichen* Verantwortungs- und Gerechtigkeitsansatz zu. Die eigentliche *Strafbegründung* ergibt sich aus der Tat.

Der Schritt zur aufgeteilten Betrachtung der drei Strafbegründungsstränge, getrennt nach Strafgesetz (Generalprävention), Strafurteil (Schuldausgleich) und Strafvollzug (Individualprävention), die später etwa *Hellmuth Mayer* und *Roxin* vorschlagen, deutet sich damit schon an.

---

<sup>84</sup> Feuerbach, Lehrbuch, 1801 . § 24.

<sup>85</sup> Feuerbach, Revision, 1799, 9, 13, 21, 24 sowie 48; vgl. auch Hermann, Kompatibilität, GA 1992, 516 ff., 516, 521.

Dem entspricht auch die jeweilige Bedeutung des Schuldprinzips als Unterform der Gerechtigkeitsidee: Je stärker general- oder individualpräventive Gesichtspunkte in den Vordergrund rücken, desto leichter ist auf die herkömmliche Schuld zu verzichten. Die Problematik der Willensfreiheit wird weniger gewichtig und dementsprechend auch das demgegenüber noch nachrangige Problem der individuellen Nachweisbarkeit der Schuld.

*Feuerbachs absolute Ausrichtung.* Naucke ordnet Feuerbachs Ansatz schlüssig als eine gleichfalls *absolute* Sicht ein, weil sie über die Autorität und das Gewaltmonopol des Staates zum Recht im Sinne des Positivismus gelangt.<sup>86</sup> Der Begriff „absolut“ lässt sich unterschiedlich verwenden und Naucke trifft auch in dieser Weise eine wichtige Aussage für die Generalprävention. Der vage Volksgedanke der Allgemeinheit wird bei der Generalprävention *absolut* gesetzt und führt über das Strafrecht zur absoluten Strafmacht. Insofern bedient Feuerbach zwar auch die politische Restauration, bietet aber zugleich eine Art von *absolutem Bürgerschutzrecht*. Also setzt er jedenfalls die *Freiheit* des Bürgers und die Idee des *Gesetzesrechts absolut*.

*Individualprävention nach Liszt:* Scheinbar wertfrei ist die empirisch-soziologische Sicht und Begründung des Strafens angelegt. Aus den *naturwissenschaftlichen* Quellen des 19. Jahrhunderts gespeist, die mit der Ablösung der materialistischen *Ökonomie* und der amoralischen *Soziologie* von der (idealistischen) Philosophie einherging, hat sich eine alternative Geistesströmung entwickelt, die auch das deutsche Strafrecht erfasst hat. Dies ist mit dem Namen des Juristen *Franz von Liszt* (verwandt mit dem Komponisten) und seinem Marburger Programm von 1883<sup>87</sup> verbunden. Mit seiner Sicht der Strafe hat Liszt nicht nur das spätere deutsche Jugendstrafrecht (von 1923) beeinflusst, sondern er ist auch der Ahnherr des Instituts der *Strafaussetzung zur Bewährung* im Erwachsenenstrafrecht, das 1953 ins StGB aufgenommen wurde.<sup>88</sup> Auf ihn geht darüber hinaus die heutige sogenannte Zweispurigkeit der Strafrechtsfolgen zurück, die Trennung zwischen Strafe und Maßregeln der Besserung und Sicherung. Gemeint ist eine human- „medizinische“ Sicht. Heilung ist ihr Hauptziel.

---

<sup>86</sup> Naucke, Notizen, 1998, 361 ff., 364 f.; Hobbes, lat. Leviathan, 1688, 26. Kap.: „Auctoritas non veritas facit legem“; Kelsen, Rechtslehre, 1960, 34 f.

<sup>87</sup> Zum Marburger Programm siehe Liszt, Zweckgedanke, ZStW 3 (1883), 1 ff.; Liszt, Einfluss, 1905, 75 ff.

Zu „Lebendigen und Toten“ der Vorstellungen von Liszts vgl. Jescheck, Freiheitsstrafe, 1984, 193 ff., 257 ff.; Naucke, Kriminalpolitik, ZStW 94 (1982), 525 ff.; Frisch, Marburger Programm, ZStW 94 (1982), 565 ff.; Müller-Dietz, Marburger Programm, ZStW 94 (1982), 599.

<sup>88</sup> Zur Bedeutung des Züricher Strafrechtslehrers Stoß vgl. Frisch, Maßregeln, ZStW 102 (1990), 343 ff., 345 ff., sowie Stoß, Vorentwurf, 1983, Art. 8 - 11, Art. 23 und 40, Art. 24 und 26.

Liszts berühmte Leitgedanken lauten:

*„Die richtige, das heißt die gerechte Strafe, ist die notwendige Strafe. Gerechtigkeit im Strafrecht ist die Einhaltung des durch den Zweckgedanken erforderten Strafmaßes“*<sup>89</sup>.

Diese Kernaussage belegt, dass auch von Liszt die Idee der Gerechtigkeit absolut setzt und sie als feste *Form* verwendet, die einen neuen Inhalt erhält.

Er knüpft schon insofern an die Gerechtigkeitsideen seiner geistigen Vorgänger an. Dennoch schreibt er in einer Zeit, in der sich mit Naturwissenschaften und Technik der *Ökonomismus* und die Sozialwissenschaften als neue Leitkulturen entwickeln. Sie lösen idealistische Philosophie ab und setzen auf die Empirie, die Praxis, das Erfahrbare. Inhaltlich, so könnte man auch schon sagen, setzt er den *ökonomischen Naturalismus* absolut.

Er erklärt:

- (1) Der nicht besserungsbedürftige Gelegenheitstäter sei durch einen „Denkzettel“ aufzurütteln, eine vor allem *psychologische*<sup>90</sup> Idee.
- (2) Der besserungsfähige Zustandsverbrecher sei durch Erziehung zu sozialisieren, ein *pädagogischer* Ansatz.
- (3) Der unverbesserliche Gewohnheitsverbrecher sei durch „Strafknechtschaft“ auf unbestimmte Zeit unschädlich zu machen, die *politische Sicherungsverwahrung*.

Andererseits solle das Strafrecht aber „mit seinen klar umrissenen Tatbeständen“ aus Gründen der Rechtssicherheit die *„magna carta des Verbrechers“* sein. Zum Ausgleich und als Schutz vor Missbrauch sind also zunächst die Straftaten nachzuweisen. Der Staat erweist sich als Rechtsstaat.

Damit heiligt auch mit ihm die *Freiheit* den *Rechtsstaat*<sup>91</sup>

*„Dem allgemeinen Interesse darf die Freiheit des einzelnen nicht schutzlos preisgegeben werden. Mag auch immerhin die Grenze dieses Schutzes je nach den verschiedenen Ansichten über die Aufgaben von Staat und Recht zu*

---

<sup>89</sup> Liszt, Zweckgedanke, ZStW 3 (1883), 1 ff., 31; Liszt, Einfluss, 1905, 75 ff., 80. 7

<sup>90</sup> Murmann, Grundkurs, 2015, § 8 Rn 29.

<sup>91</sup> Liszt (Schmidt), Lehrbuch, 1927, § 4 III

*verschiedenen Zeiten verschieden gezogen werden, so rechtfertigt sich doch im Rechtsstaate die Verhängung des Strafübels nur dann, wenn der Täter seine feindliche Gesinnung durch eine bestimmte, gesetzlich genau umschriebene Tat bewiesen hat.“*

Liszt will damit -heute aus generalpräventiver Sicht- das *Recht des Rechtsstaates* geschützt sehen. Insofern stellt er zwar auf die rechts- „feindliche Gesinnung“ des Täters ab, will aber dennoch kein Täterstrafrecht, sondern entnimmt die Gesinnung ausschließlich der „gesetzlich genau umschriebenen Tat.“

In einer Fußnote seines wirkungsmächtigen Lehrbuchs (27. Auflage) verwendet er dann das berühmte Schlagwort:

*„Insofern erscheint das Strafgesetz als die magna Charta des Verbrechers. Es verhindert, indem es trotz der symptomatischen Bedeutung des Verbrechens an der Voraussetzung einer tatbestandsmäßigen Handlung festhält, daß an Stelle der individuellen Verschuldung die soziale Gefahr gesetzt wird. ...“*

Er sieht also zum einen die drohende Alternative des sozialistischen Staates, auf die soziale Gefahr zu setzen und will zum anderen ausdrücklich das „*individuelle Verschulden*“ einfordern, und zwar der Tat im Sinne des Tatbestandes, so wie es auch das Strafgesetzbuch von 1871 vorsieht.

Er bekennt sich also auch zur *Schuldidee*.

Nachfolgend erklärt Liszt, erneut im generalpräventiven Sinne:

*„Die Gesetzgebung hat mit den im Volke lebenden Rechtsanschauungen, den „überlieferten Werturteilen“, als einem mächtigen und wertvollen Faktor zu rechnen. Sie muß sich hüten, plötzlich mit ihnen zu brechen; sie darf aber auch nicht vergessen, daß sie die Rechtsanschauung des Volkes vorsichtig zu leiten und allmählich zu erziehen imstande und berufen ist.*

Liszt hat im Gesamtbild, das er entwirft, nicht den generalpräventiven Aspekt Kants ausgeblendet und nicht darauf verzichtet, eine *individualethische* Rechtfertigung der Sanktionen vor dem Hintergrund des im Willen freien Menschen mit aufzunehmen. Damit entgeht er nicht vollends dem Problem, dem betroffenen Individuum, etwa dem Unverbesserlichen, die Strafe erklären zu müssen. Aber er unterlegt zum Teil zwangsläufig ein utilitaristisch-anthropologisches Weltbild<sup>92</sup>, das auch er auf eine abstrakte Idee eines

---

<sup>92</sup> Frisch, Maßregeln, ZStW 102 (1990), 343 ff.; vgl. auch Frisch, Strafzumessungsdogmatik, ZStW 99 (1987), 349 ff., 751 ff.; zum konkretisierenden Aspekt bei der Bemessung der Strafe innerhalb des Schuldstrafrahmens, vgl. 369 f.

sozialethischen Guten, dem Gemeinwohl (dem *summum bonum*) für möglichst Viele, aber eben nicht für alle (die Schädlichen) stützt. Die Strafe wandelt sich zur fürsorgerischen Maßnahme. Sie gerinnt zur *poena medicales*, wie sie schon in der griechischen Aufklärung *Aristoteles* verstanden hat, mit der Aufgabe, den Menschen zu veredeln.<sup>93</sup>

Da *Liszts* Straftheorie auf Erziehung, beziehungsweise auf Maßnahmen der Sicherung vor dem Straftäter zielt, birgt sie die Neigung in sich, Erziehung nicht um des Täters willen zu verlangen, sondern seine Resozialisierung anzustreben, um ihn dadurch unschädlich zu machen, also der *Gemeinschaft* zu dienen. Somit handelt es sich in Wirklichkeit tendenziell um eine Form der *Sozialverteidigung* im Sinne der Immunologie<sup>94</sup>. Der reale Bestand der Gemeinschaft von Menschen soll geschützt werden.

Aber auch dieses scheinbar rein aufklärerische Bild des Arztes verlangt nicht nach wissenden Medizinern, die Krankheiten definieren dürfen und müssen. Auch sie bedienen sich, weil es sich erkennbar nicht um wirkliche Krankheiten handelt, mit der *Verselbstständigung* des Gefährlichkeitsgesichtspunkts der alten vor-säkularen Grundidee der Reinigung der Seele.

Zu diesem Zweck sollen *Straftaten* verhindert, *nicht Täter* bestraft werden.

*Geschichtlicher Rückblick.* Mittelalterlich und *religiös* gewendet zeigt sich das Böse als Teufel in der Tat. Nicht der unschuldig-kindliche Täter, sondern er ist der eigentlich Verantwortliche. Deshalb, so *Schild*, „wurde eigentlich kein Missetäter hingerichtet, sondern es wurde feierlich der Sieg über das Böse zelebriert, was zugleich Anlass eines Festes war“<sup>95</sup>.

Systemtheoretisch und mit *Jakobs* ist davon auszugehen, dass somit zunächst der Konflikt aus der Gemeinschaft samt dem Betroffenen ausgegliedert worden war<sup>96</sup>. Das Böse in dieser Welt und damit auch im Menschen ist danach der eigentliche Adressat. Einerseits eröffnete es diese Grundvorstellung, auch Tierstrafen auszusprechen, andererseits aber zeigt sie auch ein Urverständnis von der *Natürlichkeit* des Bösen sowie die Fremdbestimmtheit und Unterworfenheit des Menschen. Das Mittel, das Böse von sich zu halten, war nicht nur die Vorstellung denjenigen, in dem es sich zeigte, aus der Gemeinschaft auszuschließen, es war zumindest ebenso das Bedürfnis, dass die verbleibenden Guten zusammen zu rücken hatten. Einer der ihren war *Opfer* des allgegenwärtigen Kampfes zwischen Gut und Böse geworden.

Erst der vordringende Humanismus und die modernisierten Ketzerlehren verboten es, diesen Weg einzuschlagen. Der Mensch selbst wurde generell, und nicht nur in bestimmten Gruppen, wichtig und die Volksreligion von ihrer schlichten Frömmigkeit befreit. Das Böse wurde zur Gefahrenquelle.

---

<sup>93</sup> Aristoteles, *Nikomachische Ethik* (Dirlmeier), 1999, 1104b, 1103a.

<sup>94</sup> Zur Theorie der Sozialverteidigung siehe Jescheck/ Weigend, *Strafrecht AT*, 1996, 66.

<sup>95</sup> *Schild*, *Gerichtsbarkeit*, 1985, 98; betont auch von Kaiser, H., *Widerspruch*, 1999, 12.

<sup>96</sup> *Jakobs*, *Norm*, 1997, 102; Kaiser, H., *Widerspruch*, 1999, 12.

Zwischen *Liszt* und *Hegel* bewegen sich mit *Schild*<sup>97</sup> die Anmerkungen von *Nietzsche* zur Strafe. Er verwendet offen das Modell der poena medicinalis. Es werde, so *Nietzsches* eigener Ausblick, immer Menschen geben, die die besten Züchtigungsmaßnahmen der weisen Gesetzgeber nicht erreichen könnten. Sie seien „entartet“ oder „krank“. Gegen sie seien Zwangsmaßnahmen als „Notwehr“ zulässig. Beide, Verbrecher wie Kranke, seien von Ärzten mit Klugheit und Wissen zu behandeln. Verzichten werde man in Zukunft aber vielleicht darauf, dem Verbrecher ein schlechtes Gewissen zu machen. Er solle den Schaden ersetzen und notfalls mit neuem Namen in die Gesellschaft zurückkehren. Brauche er Gewahrsam, so solle er eingesperrt werden, um seinen tyrannischen Trieb beherrschen zu lernen. Unheilbaren solle Gelegenheit gegeben werden, sich selbst zu töten. Die Gesellschaft aber solle die starke Kraft entfalten, auch „Parasiten“ zu ertragen<sup>98</sup>. Der Verbrecher einer möglichen Zukunft werde sich selber zur Anzeige bringen und seine Strafe in dem stolzen Gefühl selbst bestimmen, dass er so das selbst gegebene Gesetz ehrt<sup>99</sup>.

Dass allerdings ein solcher Verbrecher sich zuvor frei für die Tat entschieden hat, ist nicht zu vermuten; er haftet gleichsam für unbewusste tyrannische Triebe. *Freuds* Ideenwelt zeichnet sich ab.

*Gemeinsames von Kant bis Liszt.* Alle vier Gründungsväter diskutieren also mehr Ansätze als nur den jeweils einen, den wir ihnen vereinfachend zuschreiben. Sie alle stehen für eine Art von *Vereinigungstheorie*, wenn auch mit vier unterschiedlichen-Schwerpunkten.

Sie alle gehen von der Idee der Gesetzlichkeit im Sinne eines *allgemeinen Gesetzes* aus. Dieser Idee bildet gleichsam,

- die Geschäftsgrundlage
- und sie bietet die feste Rechtsform

für die andauernden inhaltlichen Fragen nach Sinn und Zweck des Strafens.

Damit aber zeigt sich zudem, dass das Bild vom Strafen immer auch von dieser Idee des allgemeinen Gesetzes *mitregiert* wird. Gemeint ist das Strafen innerhalb dieser Grenzen des Rechts, etwa „nullum crimen sine lege“ bei *Feuerbach* und *Liszt*. Ihre scheinbar so einseitigen und *inhumanen präventiven* Ansätze setzen bereits das Bild vom freien Bürger voraus. Man muss sie gleichsam dialektisch lesen („sowohl als auch“). Die Freiheitsstrafe verlangt per se das Bekenntnis zur Freiheit und zu Freiheitsrechten.

---

<sup>97</sup> Schild, Strafbegriff, 1997, 101 ff., 123 ff.

<sup>98</sup> Nietzsche (Colli), Morgenröte, 1881/1971, 3. Buch, Kap. 202.

<sup>99</sup> Nietzsche (Colli), Morgenröte, 1881/1971, 3. Buch, Kap. 187.



Wer aber die Idee eines solchen Rechts zugrundlegt, kann sich der Idee der Gerechtigkeit nicht verschließen. Sie lautet mit *Kant* schlicht: Jede Norm muss *verallgemeinerbar* sein. Welches Verhalten ist also grundsätzlich und auch in Bezug auf das Strafen gerecht? Dasjenige Tun, das -aus dem Blickwinkel von uns mit Vernunft begabten Menschen- verallgemeinerbar ist.

Dass diese Sicht mit dem Allgemeinen zugleich ein *generalpräventives* Element erhält, ist offenkundig.

Als demokratisch erweist sich diese Position auch, denn jeder, der autonom denken, urteilen und handeln kann, kann gemeinsam mit anderen auch allgemeine Normen schaffen und sie immer wieder anpassen.

*Fazit:* So lassen sich diese vier Lehren *in Bezug zueinander* und als Antworten aufeinander lesen:

Es beginnt mit *Kant*, der sich im Übrigen seinerseits gegen den englischen Utilitarismus absetzen wollte. Er hatte seine innere *Moralität* noch neben die Legalität und die *vernünftigen Strafinteressen* des aufgeklärten Herrschers gestellt.

*Feuerbach* verbindet beides zu einem allgemeinen Gesetzbuch und zielt auf die Vermeidungswirkung der gesetzlichen Strafdrohung.

*Hegel* ergänzt die Idee vom Einzelnen. Er setzt an die Stelle des aufgeklärten Herrschers den idealen Freiheits- und Rechtsstaat.

*Liszt* überprüft den Rechtsidealismus und setzt die Vernunft auf die empirische Schiene. Sein praktischer und differenzierter Blick auf Strafvollzug und Rückfall führt zu einem erheblichen *Verzicht* auf ursprünglich gerechte, aber harte Gefängnisstrafen. Der Nutzengedanke, die Strafe als „ultima ratio“ einzusetzen, beruht auf diesem Denken. *Liszt* hat uns mit seiner nüchternen Differenzierung geholfen, den Strafvollzug über die Strafpraxis zu humanisieren.

Die *humane* Seite des Strafrechts, vor allem des Strafvollzuges haben wir heute vor allem durch die Menschenwürde-Idee, mit ihrer Objekt-Formel im Sinne von *Kant* und *Hegel* mit seiner Hund-Stock-Metapher, abgesichert. Danach ist und bleibt jeder Straftäter, selbst der Mörder, ein Mitmensch und ein Nächster, er ist kein Unmensch oder Staatsfeind.

### III. Dogmengeschichtlicher Hintergrund: Naturrecht und Gesellschaftsvertrag, Staats- und Friedensidee

Vor und neben diesen eigenständigen straftheoretischen Begründungen verläuft eine *naturrechtliche* und *staatstheoretische* Geistesströmung, die auf die Herstellung von *Frieden durch Recht* ausgerichtet ist. Sie gehört nicht zum herkömmlichen Kern, aber doch zum *Hintergrund der Straftheorien*.

Dabei steht ist die Grundidee des Naturrechts -als das Recht, das sich aus der Vernunftnatur des Menschen ergibt- für einen *absoluten* Ansatz, und der Staat ist als *nützliche* Einrichtung anzusehen.

Das naturrechtliche aufklärerische Staats- und Rechtsverständnis, das *Kant* in seiner realen Form als Obrigkeit anerkennt, *Hegel* idealisiert, *Feuerbach* in die Gesetzesform umsetzt und *Liszt* in Funktion sieht, bietet den Rahmen. Der kurze Blick in die Verfassungsgeschichte zeigt dabei an, dass Art und Zahl der Denkmodelle offenbar begrenzt sind und, vermutlich auch deshalb, in einer langen Tradition stehen. Dazu gehören vor allem das Bild vom sich selbst *entwickelnden Menschen*<sup>100</sup>, das Modell des *Gesellschaftsvertrages* der freien Menschen und die Idee von der *naturrechtlichen Ordnung* der Dinge, die alle drei die mittelalterliche Vorstellung von der göttlichen Ordnung und der göttlichen Seele des Menschen abgelöst haben.

So geht nach *Grotius* die Strafkompetenz des Staates nicht schlicht aus dem staatlichen Gewaltmonopol hervor. Strafe begegne vielmehr dem Angriff auf die naturrechtliche Ordnung der Gemeinschaft schlechthin. Der Angreifer degeneriere, wie dies schon *Cicero* und *Thomas von Aquin* gelehrt hätten, zum wilden Tier, das mit seinem Angriff alle Rechte verloren habe und keine Nachsicht mehr verdiene<sup>101</sup>. Das wilde Tier stattdessen zunächst zu zähmen zu versuchen, entspräche der Sicht *Liszts*. Die Idee des Angriffs auf die vernünftige Ordnung ist ebenso wie der Gedanke der Wechselseitigkeit bei *Hegel* wieder zu finden.

Strafrecht und Völkerrecht sind also bei *Grotius* auf derselben Ebene des verfassungsähnlichen Gesellschaftsvertrages verankert. Sein Straf- und sein Völkerrecht *begründet* den Staat über das Not- und Kriegs- oder auch unmittelbar über das *Friedensrecht*.<sup>102</sup>

<sup>100</sup> Dazu aus rechtsphilosophischer Sicht Montenbruck, Menschenwürde-Idee, 2016, 1. Kap. III („Verweltlichung: Würde durch Selbstbildung (*Mirandola*), durch Denken (*Pascal*), durch Vernunft (*Pufendorf*)“).

<sup>101</sup> Grotius, *De Jure*, 1631/1950, II, 20, § 3; Hüning, Naturzustand, 2001, 85 ff., 97.

<sup>102</sup> So etwa, und insofern folgerichtig aus der strafrechtswissenschaftlichen Sicht, und zwar utilitaristisch, Kargl, Friedenssicherung, ARSP 1996, 485 ff.: „Friedenssicherung durch

*Hobbes* begründet mit dem chaotischen Urzustand die *Unterwerfung* des Menschen unter die Staatsgewalt. Strafe ist danach, wie bei *Feuerbach*, ein Zwangsritual, das Furcht erzeugen soll und somit general- und individualpräventiv ausgerichtet ist. Dessen Zweck ist aber der übergeordnete, Frieden zu schaffen<sup>103</sup>. Mit *Naucke* lässt sich diese Sicht zu Recht gleichfalls als absolute begreifen, und zwar über die Absolutheit der Verbindlichkeit des gesetzten Rechts kraft des Gewaltmonopols des Staates<sup>104</sup>.

*Locke* beschreibt vor allem das private Recht und betont das natürliche Gesetz.<sup>105</sup> Er erklärt, der Mensch sei „mit einem Rechtsanspruch auf vollkommene Freiheit und uneingeschränkten Genuss aller Rechte und Privilegien des natürlichen Gesetzes, in Gleichheit mit jedem anderen Menschen oder jeder Anzahl von Menschen auf dieser Welt geboren“. *Locke* bereitet ebenfalls *Hegels* Sicht vor. Er erklärt, dass erst der ungerechte Gebrauch von Gewalt den Menschen in den Kriegszustand mit den anderen versetze. Mit seinem Verstoß gegen das *natürliche* Gesetz gebe er zu erkennen, dass er nach anderen Regeln als denen der Vernunft leben wolle<sup>106</sup>. *Locke* verbindet die Vorstellung, über das Naturrecht verfügen zu können, mit der Idee des Kriegszustandes und eröffnet deshalb auch den Weg zu einem auf soziale Verteidigung ausgerichteten Feindstrafrecht.

Über *Locke* ist auch die Verbindung zum englischen Utilitarismus aufzuzeigen<sup>107</sup> und an den ebenfalls generalpräventiven Ansatz des Ahnherrn des Utilitarismus, des englischen Philosophen *Bentham*<sup>108</sup>. Jede

---

Strafrecht“. Klassischer schon Freund, Legitimationsfunktion, 1996, 43 ff., 55., der von „Rechtsfrieden“ spricht und damit den Übergang zum üblichen Begriff der Strafe zur „Bewährung der Rechtsordnung“ anzeigt. Oder: Sternberg-Lieben, Rechtsgut, 2003, 65 ff., 65: Aus dem Inbegriff allen staatlich gesetzten Rechts, den Bürgern ein friedliches, gesichertes Zusammenleben zu ermöglichen, erfahre auch das Strafrecht seine Legitimation. „Sein oberstes Ziel ist die Gewährleistung des Rechtsfriedens“.

<sup>103</sup> Vgl. *Hobbes*‘ These, die Staatsgründungsverträge hätten ihren Grund in der wechselseitigen Todesfurcht (*Hobbes* (Gawlik), Bürger, 1642/1959, 2. Kap., Ziffer 6; zudem: Kap. 15, Zif. 13; ausführlich *Kremkus*, Strafe, 1999, 59 ff., u.a. 62 ff., u. Hinw. auf *Hobbes*, *Leviathan*, 1651/1955, 27. Kap., 248; siehe auch *Kodalle*, *Thomas Hobbes*, 1972, 65. Vergeltung gilt *Hobbes*, der auf den sinnvollen Zwang setzt, im Übrigen als unvernünftig, zwecklos und nutzlos, *Kremkus*, Strafe, 82, u. Hinw. auf *Hobbes* (Willms), *Dialog*, 1681/1992, 162.

<sup>104</sup> *Naucke*, *Notizen*, 1998, 361 ff., 364 f.; *Kelsen*, *Rechtslehre*, 1960, 34 f.

<sup>105</sup> *Locke* (Laslet), *Second Treatise*, 1690/1993, § 87, siehe auch: § 4, Buch II. Vgl. zudem: *Locke* (Euchner/Hoffmann, H.), *Abhandlungen*, 1690/1967, 201 („evident, vernünftig“).

<sup>106</sup> Zugleich kritisch *Hüning*, *Naturzustand*, 2001, 85 ff., 106 f.

<sup>107</sup> *Burkhardt*, *Möglichkeit*, 1983, 51 ff., 68.

<sup>108</sup> *Bentham*, *Grundsätze*, 1786/1830, 153; siehe auch *Larenz*, *Recht*, 1979, 49, der eine ältere Formulierung *Schmidhäusers* aufgreift: „Jede Bestrafung, die auf zugleich unmoralisches und strafwürdiges Verhalten gerecht reagiert, wirkt sozialpädagogisch; sie bestätigt das moralische Urteil und damit die Geltung der Normen im Bewusstsein der Gesellschaft“. Auch der

Nützlichkeitslehre, die über den Egoismus des Einzelnen hinausreicht, führt zu einer Güterabwägung und dann auch zur Frage, ob nicht das Wohl der Allgemeinheit dem eines Einzelnen im Not- oder Gefahrenfalle vorzuziehen hat.

Der utilitaristische Blickwinkel bezieht stets zumindest individualpräventive Elemente mit ein. In seiner sozialetischen Ausprägung findet auch der Gedanke der Verantwortlichkeit seinen Platz. Der Täter gilt als ein planender grundegoistischer und insofern auch frei entscheidender Mensch.

*Fazit:* Das Grundgesetz greift die Gedanken des Naturrechts wieder auf, und zwar unter anderem, wenn es in Art 1 II GG und mit einem „darum“-Bezug zur Unantastbarkeit der Menschenwürde erklärt:

*„Das Deutsche Volk bekennt sich darum zu unverletzlichen und unveräußerlichen Menschenrechten als Grundlage jeder menschlichen Gemeinschaft, des Friedens und der Gerechtigkeit in der Welt.“*

Aber, das Strafen erscheint mit diesen Idealen nicht nur vereinbar zu sein, sondern seit jeher eine Art zu bilden, jeder dieser großen Ideen zu dienen.

---

Verfasser hat früher an dieser Formulierung Schmidhäusers festgemacht und versucht, aus dieser den Zusammenhang zwischen positiver Generalprävention und Schuldprinzip herauszufiltern (Montenbruck, Wahlfeststellung, 1976, 83, 102 ff.).

### 3. Kapitel

#### Gegenwärtige Vereinigungstheorie und Sonderlehren

##### I. Vereinigungstheorie in der Fassung des *Bundesverfassungsgerichtes*, Verankerung in Strafrechtspraxis und Strafgesetzbuch

*Bundesverfassungsgericht.* Das *Bundesverfassungsgericht* hat die strafrechtswissenschaftliche Vereinigungstheorie aufgegriffen und mithilfe von Gutachtern eigenständig durchstrukturiert.<sup>109</sup> Seine Sichtweise ist prototypisch für die vielen Ausformungen der Vereinigungstheorie. Sie besitzt aber die Besonderheit, dass sie die Elemente offen nebeneinander stellt.

In der Entscheidung zur lebenslangen Freiheitsstrafe im Jahre 1977 weigert es sich zwar formal, die Vereinigungstheorie als eigene zu übernehmen („es kann nicht Aufgabe des *Bundesverfassungsgerichts* sein, den Theorienstreit in der Strafrechtswissenschaft<sup>110</sup> von Verfassungen wegen zu entscheiden“)<sup>111</sup>. Aber sowohl die bescheidene Auswahl der wissenschaftlichen Literatur, als auch die nachfolgenden klaren Äußerungen des Gerichts belegen, dass es sich jedenfalls seinerzeit und bislang unwiderrufen, zur so genannten Vereinigungstheorie bekannte. Es wollte offenbar eine ethische Grundauffassung, zumal in der damaligen sozialliberalen Zeit nicht festschreiben. So konnte und kann es einen etwaigen Wechsel der vorherrschenden Meinung (Paradigmenwechsel) mitvollziehen.

Inhaltlich sieht sich das *Bundesverfassungsgericht* zudem in einer Linie mit dem *Bundesgerichtshof* in Strafsachen<sup>112</sup>, auf dessen Äußerungen es mehrfach verweist.

Im Einzelnen:

(1) Als erstes Element nennt das *Bundesverfassungsgericht* die *Generalprävention*. Es unterscheidet:

---

<sup>109</sup> Zur Bedeutung des Bundesverfassungsgerichts meint Alexy, Grundrechte, 1985, 17, zu Recht, was Grundrechte heute seien, seien sie vor allem aufgrund der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, die Grundrechtswissenschaft sei zu einem beträchtlichen Teil „Verfassungsrechtsprechungswissenschaft“.

<sup>110</sup> Vgl. Hörnle, Straftheorien, 2011 passim oder auch zunächst einmal: Momsen / Rackow, Straftheorien, JA 2004, 336 ff., 336 ff.

<sup>111</sup> BVerfG 45, 187 ff., 253

<sup>112</sup> BVerfG 45, 187 ff., 253; so etwa BGH 24, 40 ff., 44; 24, 64 ff., 66; GA 1976, 113 ff., 114.

- (a) die *allgemeine* Generalprävention im Sinne des Schutzes der Gesellschaft vor sozialschädlichem Verhalten, insbesondere des Schutzes der „elementaren Werte“ des Gemeinschaftslebens, strafrechtswissenschaftlich formuliert der Rechtsgüter<sup>113</sup>;
  - (b) die *positive* Generalprävention im Sinne der Erhaltung und Stärkung des Vertrauens in den Bestand und die Durchsetzungskraft der Rechtsordnung<sup>114</sup>, kurz und als These: die Strafe dient der Erhaltung der „Rechtstreue der Allgemeinheit“<sup>115</sup> (die andernfalls geneigt wäre, Selbstjustiz zu üben);
  - (c) die *negative* oder spezielle Generalprävention im Sinne der Abschreckung anderer tatgeneigter Personen, also solcher, die in Gefahr sind, ähnliche Straftaten zu begehen.<sup>116</sup>
- (2) Das zweite Element stellt die Strafe zur *Spezialprävention* oder Individualprävention dar:
- (a) die *negative* Spezialprävention im Sinne der Sicherung der Allgemeinheit vor etwaigen künftigen Taten des Täters, und zwar durch Abschrecken des Täters und durch Einsperren sowie
  - (b) die *positive* Spezialprävention im Sinne der Resozialisierung des Täters<sup>117</sup>.
- (3) Das dritte Element bildet die Strafe als Schuldausgleich:
- (a) zur *Strafbegründung*, in dem Sinne, dass die *Schuld*, verstanden als verschuldetes Unrecht *auszugleichen* sei; die Strafe sei deren Vergeltung mittels Sühne und persönlicher Schuldverarbeitung<sup>118</sup>, kurz: sie dient dem Tatschuldausgleich; im Sinne von Vergeltung, ohne die emotionale

<sup>113</sup> Zum Begriff des Rechtsguts und seinen Definitionen u.a. als „sozial wertvoll anerkanntes Lebensgut“, siehe schon Lenckner in: Schönke/Schröder, 1997, Vorbem. §§ 13 ff. Rn 9; zusammenfassend Roxin, Strafrecht AT I, 2006, § 2 Rn 34 ff.

<sup>114</sup> BVerfG 45, 187 ff., 256.

<sup>115</sup> Siehe auch die Verbindung mit dem Rechtsgüterschutz in BVerfG 88, 203, 272: „...der verfassungsrechtliche Rang des Rechtsgutes des ungeborenen menschlichen Lebens muss dem allgemeinen Rechtsbewusstsein weiterhin gegenwärtig bleiben (sog. positive Generalprävention).“

<sup>116</sup> BVerfG 45, 187 ff., 255, u. Hinw. auf BGH 24, 40 ff., 44.

<sup>117</sup> Als *Resozialisierungsgebot*, ableitet aus Art. 1 I und Art 2, BVerfG 45, 187, 238 f. BVerfG 98, 169, 200 ff. Dazu etwa auch Murmann, Grundkurs, 2015, § 8 Rn 31.

<sup>118</sup> BVerfG 45, 187, 258 f.; vgl. auch BGH 24, 40 ff., 46; 24, 64 ff., 66; GA 176, 113 ff., 114; ebenso auch Bruns, Recht, 1985, 81 ff.

Aufladung durch die unmittelbare Assoziation der unzivilisierten *Rache*<sup>119</sup>,

- (b) an anderer Stelle in dieser Entscheidung benennt es die Schuld als beherrschenden *Strafzumessungsgrund*:

Die Schuld des Täters sei zugleich für die Strafzumessung maßgebend. Die Höhe der angedrohten Strafe müsse im gerechten Verhältnis zur Schwere der Tat und zum Maß der Schuld stehen<sup>120</sup>. Die Strafe dürfe die Schuld des Täters nicht übersteigen<sup>121</sup>. Wo die Tat verschiedene Grade des Verschuldens aufweise, müsse der Richter grundsätzlich über die Möglichkeit verfügen, die Strafe anzupassen<sup>122</sup>.

*Schuldprinzip*. Die Schuld ist verfassungsrechtlich an hervorragender Stelle verankert. Die Existenz von *Schuld* im Sinne von verschuldetem Unrecht als allgemeine Vorstellung anzuerkennen und konkret im Urteilstenor als Schuldspruch einem Menschen vorzuhalten, setzt die Idee des grundsätzlich autonomen und deshalb würdigen Menschen voraus.

Zur Schuld hat sich der Große Senat des *Bundesgerichtshofes*<sup>123</sup> schon 1952 in einer berühmten Entscheidung geäußert und erklärt, dass der „*durchschnittliche Mensch befähigt ist, sich für das Recht und gegen das Unrecht zu entscheiden*“ – kurz: Er besitzt die Willensfreiheit. Entscheidet er sich für eine unrechtmäßige Handlung, so ist ihm diese Entscheidung vorzuwerfen. Er hat den eingetretenen Erfolg verschuldet. Das *Schuldprinzip* besitzt deshalb als Ausprägung der *Menschenwürde* unmittelbaren Verfassungsrang Art. 1 GG.<sup>124</sup>

Dieser Umstand führt aber dennoch nicht zum Vorrang des Gedankens des Tatschuldausgleichs und dessen Menschenbildes. Vielmehr ist der Begriff der Vereinigungstheorie gut gewählt: Vereinigen zum Beispiel Menschen ihre

---

<sup>119</sup> Zum Bestreben, die Vokabel der Vergeltung durch die des Schuldausgleichs zu ersetzen, siehe Bruns, Grundfragen, 1974, 739 ff.; Müller-Dietz, Strafbegriff, 1986, 23 ff. m.w.N.; Roxin, Schuldstrafrecht, ZStW 96 (1984), 641 ff., 644, spricht von einer Tautologie; zusammenfassend Hoffmann, P., Strafzwecke, 1992, 112 ff. Fischer, StGB-Kommentar, 2017, § 46, Rn 4, lehnt den Begriff der Vergeltung ausdrücklich ab; („kann nicht Selbstzweck der Strafe sein“), obwohl die Ethik ihn als Form der Tauschgerechtigkeit kennt.

<sup>120</sup> BVerfG 45, 187 ff., 228; siehe zudem BVerfG 72, 105 ff., 114.

<sup>121</sup> 259 f.; zu den Forderungen an die Strafzumessung vgl. auch BVerfG 6, 389 ff., 439; 9, 167 ff., 169; 20, 323 ff., 331; 25, 269 ff., 285 f.; 39, 1 ff., 57; 64, 261 ff., 271; vgl. auch Volk, Strafe, ZStW 83 (1971), 405 ff.

<sup>122</sup> Unter Hinweis auf BayVerfGH n.F. 3, 109 ff., 114; Nipperdey, Würde, 1968, 1 ff., 13.

<sup>123</sup> BGH 2, 194 ff., 200.

<sup>124</sup> Vorhergehende Entscheidungen: BVerfG 6, 32 ff., 41; 27, 1 ff., 6; 30, 173 ff., 193; 32, 98 ff., 108.

individuellen Fähigkeiten, so sollte dies eine Verbindung von in etwa gleichwertigen Partnern sein, die auch untereinander noch in engere zweiseitige Beziehungen treten können. Entsprechendes ist auch für die Erklärungspotentiale anzunehmen, die von den drei Einheiten der Vereinigungstheorie ausgehen sollen.

Als Formel lässt die dreifaltige Vereinigungstheorie mit den Worten *Arthur Kaufmanns* ansatzweise vereinheitlichen,

*„..., dass es einzig um der Schuld willen gerechtfertigt ist, den für die Gemeinschaft notwendigen Rechtsgüterschutz durch Strafen zu realisieren, aber auch nur solche Strafen, deren Vollzug primär auf die Resozialisierung des Täters gerichtet ist“.*<sup>125</sup>

Ähnlich sieht es bereits die etwas ältere deutsche Lehrbuch- und Kommentarliteratur. *Lenckner* schreibt in einem der großen Standardkommentare zum Strafgesetzbuch: Die Notwendigkeit des Strafens entspringe ausschließlich general- und spezialpräventiven Gründen. Allerdings rechtfertigten diese Präventionsgedanken die Strafe erst dann, wenn der Täter den darin begründeten Tadel „verdient“ habe. Das aber sei ohne Schuld im Sinne eines Dafürkönnens nicht denkbar<sup>126</sup>.

Ebenso kann *Roxin* die „neuste Strafzweckdiskussion“ mit den Begriffen von „*Prävention, Tadel und Verantwortung*“ zusammenfassen.<sup>127</sup> Dabei zeigt die Reihung, dass der Schwerpunkt zwar auf der Prävention liegt, aber die Paarung von Tadel und Verantwortung, die auch den Schuld und Schuldübernahmen mit umfassen, hinzukommen müssen.

*Jescheck*<sup>128</sup> erläutert in seinem großen wirkungsmächtigen Lehrbuch, dass das Strafrecht durch die Androhung, Verhängung und Vollstreckung der gerechten Strafe dem Zweck diene, Rechtsverletzungen in der Zukunft vorzubeugen. Er fordert, Generalprävention durch Schuldausgleich in möglichst humaner Weise zu betreiben.

Die groben Kennzeichen der Vereinigungstheorie sind, dass

---

<sup>125</sup> So, allerdings mit einigen Zusätzen für schwerste Verbrechen, bei denen womöglich der Vergeltungssinn wieder zum Durchbruch komme, Kaufmann, Arthur, Schuldprinzip, 1976, 276; aufgegriffen von Roxin, Schuldprinzip, 1993, 519 ff., 526 f.

<sup>126</sup> So überwiegend wörtlich Lenckner, in: Schönke/ Schröder, 1997, Vorbem §§ 13 ff., Rn 109; er verweist wiederum auf Neufelder, Schuldbegriff, GA 1974, 289 ff., 303.

<sup>127</sup> Roxin, Prävention, GA 2015, 185 ff. .

<sup>128</sup> Jescheck/Weigend, Strafrecht AT, 1996 4; zum Zitat: Jescheck, LK, 1994, Vor § 1, Rn 27.



- (1) ihre verschiedenen Elemente *nebeneinander* stehen können, und zwar
- (2) insbesondere der Schutz der Gesellschaft und der Werte oder der Rechtsgüter,
- (3) auch das Schuld- und Verantwortungsprinzip einen eigenen Rang erhält.
- (4) Diese Sicht auf die Strafe ist säkular und rational, also auf Verstand und Vernunft gegründet.
- (5) Die psychologischen Elemente der rächenden Vergeltung finden nur mittelbar, und zwar über die Idee von der Erhaltung der Rechtstreue der Allgemeinheit und der Form des Schuldausgleichs Eingang in das deutsche Begründungssystem.
- (6) Auch handelt es sich um die Rechtfertigung einer staatlichen Strafe in einem demokratischen westlichen Staatswesen.

Die sozialwissenschaftlich eingefärbte Spezialliteratur setzt Kontrapunkte und bietet Alternativen. Die Hirnforschung stellt die Willensfreiheit des Menschen in Frage.

*Strafgesetzgeber.* Der *Bundesgesetzgeber*, der für den politischen Konsens der Allgemeinheit steht, hat das alte Strafgesetzbuch im Hinblick auf die Rechtsfolgen umfassend erneuert. Er hat die einzelnen Elemente der Vereinigungstheorie jeweils gesondert an verschiedenen Stellen in das materielle Strafrecht eingehen lassen.

(1) Vom *Schuldprinzip* allerdings geht er aus. Nur diejenige Person ist zu bestrafen, die auch nachweislich schuldfähig ist. Geregelt hat er deshalb nur diejenigen Fälle, in denen die entsprechende Grundvermutung sich ausnahmsweise nicht bestätigt (§§ 19, 20, 21, vgl. auch §§ 15, 17, 18, 29, 56 b StGB sowie etwa § 3 JGG, §§ 153, 153 a StPO). Auch ausnahmsweise entschuldigt darf der an sich schuldfähige Mensch nicht sein (§§ 35, 33 StGB). Insoweit regiert das Schuldprinzip. Als Vorwerfbarkeit, die vom Unrecht getrennt zu prüfen ist, also die im engeren Sinne, und als *Voraussetzung* für die Strafbarkeit dient das Schuldprinzip vorrangig zum *Ausschluss* der Strafbarkeit und der Eröffnung von Maßregeln der Sicherung und Besserung, insbesondere gemäß § 63 StGB. Der Gegenstand des Vorwurfs und des prozessualen Schuldspruchs ist hingegen die Entscheidung für ein bestimmtes *Unrecht* und dessen Verwirklichung.

Das Prinzip, dass der Täter nur für verschuldetes Unrecht zu bestrafen sei, hat der Gesetzgeber mit dem ersten Satz der „Grundsätze der Strafzumessung“ mit Gesetzeskraft übernommen: „Die Schuld ist Grundlage für die Zumessung der Strafe“ (§ 46 StGB). Der *Bundesgerichtshof* vertritt dementsprechend die Auffassung, dass das Maß der Schuld nicht nur die Ober-, sondern auch die Untergrenze der Strafe bestimmen soll. Auch aus spezialpräventiven Gründen dürfe die Strafe die Schulduntergrenze nicht unterschreiten<sup>129</sup>. Insofern bestätigt das *Bundesverfassungsgericht* die entsprechende gesetzliche Regelung der Grundsätze der Strafzumessung in § 46 StGB.

---

<sup>129</sup> Vgl. BGH 24, 132 ff., 133 f.; 29, 319 ff., 321; JZ 1976, 650; NJW 1978, 174 f., 175.

Auflagen kann das Gericht, das die Strafe zur Bewährung aussetzt, zur Genugtuung verhängen (§ 56 b StGB). Auch der Täter-Opferausgleich dient zumindest auch dem Tatschuldausgleich (vgl. nur § 46 a StGB).<sup>130</sup>

(2) *Generalpräventive* Gesichtspunkte verwendet der Gesetzgeber mit Begriffen wie der „Verteidigung der Rechtsordnung“<sup>131</sup> zum Ausschluss einer an sich angezeigten Strafaussetzung zur Bewährung oder zur Verhängung einer an sich zu vermeidenden kurzfristigen Freiheitsstrafe, §§ 56 III, 47 II StGB oder im „öffentlichen Interesse“, das eine Strafverfolgung durch den Staat bei Bagatelldelikten erforderlich macht (§§ 153, 153 a, 376 StPO, §§ 194, 232, 303 c, vgl. auch § 193 StGB).

(3) *Spezialpräventive* Gesichtspunkte fließen innerhalb des durch die Schuld gesetzten Rahmens in die Strafzumessung ein. Die Strafe soll auch der resozialisierenden Einwirkung auf den Täter dienen, künftig ein straffreies Leben zu führen (§ 46, vgl. auch § 47 StGB). Ob eine Freiheitsstrafe nach ihrer Festsetzung zur Bewährung auszusetzen ist, hängt maßgeblich davon ab, ob dem Täter eine günstige Sozialprognose zu stellen ist (§ 56 I, II StGB). Spezialpräventive „Weisungen“ zur Lebensführung können ihm helfen, straffrei zu bleiben (§§ 56 c, 59 StGB).

Entsprechendes gilt für die Frage, ob eine bedingte Entlassung, etwa nach zwei Dritteln der verbüßten Freiheitsstrafe, möglich ist (§ 57, vgl. auch § 57 a StGB). Als Erziehungsgedanke ist die Spezialprävention Grundlage der Jugendfreiheitsstrafe. Resozialisierung des Gefangenen und Sicherung vor ihm beherrschen zudem den Strafvollzug (früher § 2 StVollzG des Bundes, jetzt Ländersache)<sup>132</sup>.

---

<sup>130</sup> „Die Strafe für das Opfer?“ - Zur Renaissance des Genugtuungsgedankens im Straf- und Strafverfahrensrecht“ siehe Weigend, Strafe, RW 2010, 40 ff.

<sup>131</sup> Zur Befürchtung des Gesetzgebers, es drohe eine Erschütterung der Bevölkerung, das Sicherheitsempfinden der Allgemeinheit werde verletzt, siehe Engelhard, BT-Prot. 10/ 120, 8922; BT-Prot. 10/ 181, 13760; Seesing, BT-Prot. 10/ 181, 13754 ff.; Lang, BR-Prot. 1986/ 560, 8 ff.; Scholz, ebenda 51, Anlage 6 etc.; sowie Bericht der Bundesrepublik zur Beurteilung des strafrechtlichen Sanktionensystem, BT-Drucksache 10/ 5828, 3.

<sup>132</sup> Vgl. BVerfG 35, 202 ff., 235: „Dem Gefangenen sollen Fähigkeiten und Willen zur verantwortlichen Lebensführung vermittelt werden, er soll es lernen, sich unter den Bedingungen einer freien Gesellschaft ohne Rechtsbruch zu behaupten, ihre Chancen wahrzunehmen und ihre Risiken zu bestehen“, u. Hinw. auf Art. 2 I i.V.m. Art. 1 GG.

Zum Anspruch auf Sozialisierung siehe BVerfG 45, 187 ff., 239; 40, 276 ff., 285; sowie Calliess/ Müller-Dietz, Strafvollzugsgesetz, 2008, Einl. 31 ff.

Dazu, dass der Schutz der Allgemeinheit vor weiteren Straftaten nur als Aufgabe des Vollzuges angeführt, jedoch nicht zum Ziel des Vollzugs erklärt wird (vgl. § 2 StVollzG) siehe Calliess/ Müller-Dietz, Strafvollzugsgesetz, 2008, § 2, Rn 5, u. Hinw. auf BT-D 7/ 3998, 5 f., und 7/ 918, 44 f.: Die Isolierung von der übrigen Gesellschaft soll kein selbständiges Ziel des Strafvollzuges darstellen. Die sichernde Isolierung habe eine der Resozialisierung dienende Funktion: BT-D 7 3998, 5 f., 6.

Vgl. allerdings auch die bei Calliess/ Müller-Dietz, Strafvollzugsgesetz, 2008, § 2, Rn 13, angegebene Tendenz der Rechtsprechung, darüber hinaus „Allgemeinstrafzwecke“ in das Strafvollzugsrecht einzubeziehen (Schuldschwere und Schuldausgleich, Vergeltung und Sühne, Generalprävention und Verteidigung der Rechtsordnung, im Hinblick auf den Urlaub, § 13, sonstige Vollzugslockerungen, § 11, sowie für den offenen Vollzug, § 10). Für alle Gefangenen mit lebenslanger Freiheitsstrafe OLG Nürnberg, ZfStrVo 1984, 114; OLG Stuttgart, NSStZ 1984, 525; eine Ausdehnung für alle Gefangenen mit zeitiger Freiheitsstrafe:

(4) Dass die Strafe nicht nur höheren Zielen dient, wie dem vergeltenden Schuldausgleich, der Gewalt- und der Spezialpräventiven, sondern auch eine Übelzufügung, also eine Rechtsgutsbeschränkung meint und bedeuten soll, ergibt sich zwar einerseits mittelbar aus dem Gesetz: Die Tat ist eine Übelzufügung und der Ausgleich soll homöopathisch auf dieselbe Weise erfolgen. Aber es widerspricht der Idee der Mitmenschlichkeit, Leid- und Schmerzzufügung offen als einen von drei Endzwecken einzufordern. Deutlich wird diese Seite hingegen bei

- (a) insbesondere der Anrechnung der erlittenen Untersuchungshaft auf die Strafe (§ 54 StGB),
- (b) der Anrechnung des Maßregelvollzugs auf die Strafe bis zu zwei Dritteln der Strafe (§ 67 IV StGB) oder
- (c) dem *Absehen von Strafe* oder der erheblichen Berücksichtigung, wenn die Folgen der Tat, die den Täter getroffen haben, so schwer sind, dass die Verhängung einer Strafe“ jedenfalls von bis zu einem Jahr „offensichtlich verfehlt wäre“ (§ 60 StGB), also der „*poena naturalis*“<sup>133</sup>.

*Wiedergutmachung* ist ein Element, das bereits *Henkel*<sup>134</sup> neben der Strafe als der negativen Seite der Vergeltung und der Vorbeugung als dritte Rechtsfolge der Straftat setzen will. Sie stellt jedenfalls auch und vorrangig eine *positive* Form des Vergeltens dar, weil sie am Opfer orientiert ist. Negativ ist sie gleichwohl strafähnlich als *Genugtuung* im Sinne der Auflagen zu begreifen. Sie dient nicht nur dem konkreten Opfer, sondern auch generalpräventiv als *Heilung* des Rechtsbruchs, durch den die Allgemeinheit geschädigt ist.<sup>135</sup> Diesem Zweck im Sinne *Hegels* dient jede Art der Vergeltung. Diese idealisierte generalpräventive Aufgabe bildet den gemeinsamen *Oberbegriff* von Strafe und Wiedergutmachung und erklärt die Verrechenbarkeit mit der Strafe.

Enthalten ist der Gedanke der Wiedergutmachung etwa in den Vorschriften der Strafaussetzung zur Bewährung, zur bedingten Entlassung, zur Verwarnung mit Strafvorbehalt sowie der Einstellung des Strafverfahrens mit der *Auflage*, den Schaden wiedergutzumachen (vgl. §§ 56 b II Nr. 1, 57 III, 59 a II StGB sowie §§ 153 a I Nr. 1, 153 b StPO). Auch bei der Strafzumessung spielt er eine Rolle (§ 46 a StGB). Überdies ist er in engem Zusammenhang mit der Idee gemeinnütziger Arbeit zu sehen (Art. 293 EGStGB).

Zwar misst der Gesetzgeber der Wiedergutmachung einen strafähnlichen Charakter zu, indem er sie als Auflage „zur Genugtuung“ vorgibt (bei der Strafaussetzung zur Bewährung und der

---

OLG Frankfurt NSTZ 1983, 140; OLG Nürnberg NSTZ 1984, 92, zum Teil wieder reduziert insofern, dass die Allgemeinstraftzwecke nur in Ausnahmefällen bei besonders schwerer Schuld und schwersten Straftaten zu berücksichtigen seien: OLG Celle, ZfStrVo 1984, 251; OLG Stuttgart, StV 1985, 466 (siehe im einzelnen Calliess/ Müller-Dietz, § 2, Rn 15); vgl. auch BVerfG 64, 261, wonach die zu versagende Gewährung von Urlaub einseitig unter dem Gesichtspunkt der Schuldschwere verfassungswidrig sei (vgl. dazu Callies/ Müller-Dietz, § 2, Rn 17).

<sup>133</sup> BT-Dr. V/4094, S. 6; siehe Wagner, H., Bedeutung, GA 1972, 32 ff.; auch z.B. Lackner/ Kühl, Strafgesetzbuch, 2014, § 60 Rn 1 m.w.N. auf u.a. deshalb auch kritisch Stimmen, etwa Müller-Dietz, Absehen, 1976, 303 ff..

<sup>134</sup> Henkel, Strafe, 1969, 12.

<sup>135</sup> Schünemann, Stellung, 2000, 1 ff., 12.

Einstellung des Verfahrens gem. § 153 a StPO). Wiedergutmachung zieht einen teilweisen, bei leichteren Delikten einen gänzlichen *Verzicht* auf Strafe nach sich (vgl. auch § 46 a StGB). Im Sinne von Schadensersatz ist sie eine Form des Vergeltens. Aber der Täter ist ohnehin nach *zivilrechtlichem* Deliktsrecht zum Schadensersatz verpflichtet<sup>136</sup>. Was zur Strafmilderung führt, sind Einsicht und tätige Reue des Täters sowie der Umstand, dass er selbst um Wiederherstellung des Rechtsfriedens bemüht ist. Aus dem Blickwinkel widerruft der Täter, dass diese seine Unrechtstat sein darf. In jedem Fall handelt es sich um eine zum Teil *strafersetzende aktive* und insofern wenigstens freiwillige Verhaltensweise des Täters.

Den Kern des Strafrechts betreffen die Fälle der Einsicht und der tätigen Reue des Täters zwar nicht. Deshalb sind sie auch nachfolgend nicht gesondert herauszustellen. Aber die Verrechtlichung dieses alten Gedankens der demütigen Unterwerfung in der Erwartung von Gnade<sup>137</sup> lässt umgekehrt einen entsprechenden Strafgrund für die volle Härte des Gesetzes vermuten.

Das Strafrecht kennt mit der Verjährung auch den Verzicht auf Strafe. Der Rechtsfrieden verdrängt das Strafgedenken. Außerdem bleibt zu bedenken, dass die Nachweispflicht des Staates, kurz der Satz „im Zweifel für den Angeklagten“, dazu führt, dass wir auf Strafe zugunsten der Rechtsicherheit und der Unschuldsvermutung verzichten (können müssen).

Die Strafraumenabsenkung nach §§ 46a, 49 StGB und die bedingte Entlassung nach *zwei Dritteln* der verbüßten Strafe bezeugen schließlich den *Umfang des Verzichts auf Strafe bei verurteilten Tätern*, aber auch die Begrenztheit dieser Sicht für das Strafrecht.

*Präventives Maßregelrecht.* Jenseits des Strafrechts, aber gleichwohl im deutschen Strafgesetzbuch kodifiziert, steht ein fast reines Präventionsrecht zur Verfügung. Das Maßregelrecht sieht - aus Anlass der Tat, und bei deren vollem Nachweis- freiheitsentziehende Maßregeln vor, 61 ff. StGB. Dazu gehört vor allem die *Unterbringung* in eine psychiatrische Anstalt, § 63 StGB. Danach ist der schuldunfähige Täter in der Öffentlichkeit doppelt stigmatisiert, als Straftäter und als geisteskrank. Nach Landesrecht ist ohnehin schon dann eine *Unterbringung nach öffentlichem Recht* in einem geschlossenen Krankenhaus möglich, wenn von dem Patienten nach dessen Krankheitsbild eine konkrete Gefahr für andere Menschen ausgeht. Wie immer im Recht ist es wichtig, das *gesamte Rechtssystem* mit einzubeziehen.

Jedem schuldfähigen Straftäter droht zudem bei schweren Delikten, Rückfall und hoher Wiederholungsgefahr die *Sicherungsverwahrung*, die er nach Verbüßung der vollen Strafe in einer eigenen Art von Vollzug ebenfalls als Freiheitsentzug erfährt.

*Fazit.* Das deutsche Strafrecht ist also inzwischen *zweispurig* ausgelegt. Die Straftheorien wollen zwar nur die Strafe erklären. Aber dennoch zeichnet sich

---

<sup>136</sup> Zu diesem Problem ausführlicher Berndt, Bewährungsaufgabe, 1994, 137 ff.

<sup>137</sup> Eingefordert durch BVerfG 45, 187 (bereits im Leitsatz).

damit ab, dass die rein präventiven Strafzwecklehren -eigentlich- zumindest ein gewichtiges Argument verlieren. Sie können nicht mehr darauf hinweisen, dass ein Schuldstrafrecht bei hartnäckigen Rückfalltaten im Bereich der mittleren und der schweren Kriminalität versage. Es versagt nicht, es nutzt eine zweite Rechtsart.

Das kodifizierte deutsche *Schuldstrafrecht* hat seine Grundidee schon dadurch *abgesichert*, dass es ein eigenes rein präventiv ausgerichtete Maßregelrecht geschaffen hat.

Insbesondere die Gründe für die *Sicherungsverwahrung* für hartnäckige Gewohnheits- und Hangtäter war bis 1933 in die Strafzumessung des alten *Schuldstrafrechts* integriert. Andere Staaten wie die USA gehen diesen Weg weiterhin.

Das Maßregelrecht betrifft aber in der Praxis und im Rechtssinne nur Sonderfälle. Das Schuldstrafrechts regiert also den Regelfall

Es bleibt aber die Ausgangsfrage, wie denn die Strafe des „Regelstrafrechts“ grundsätzlich zu begründen ist.

## **II. Gemeinsames: gesetzlich bestimmte Tatbestände und das Bürgerschutzstrafrecht; Arten der Vereinigungstheorie, Reduktion auf Straftheorie**

Die meist unausgesprochene *Grundlage* der deutschen Straftheorien bildet die Struktur des geltenden Strafgesetzbuchs mit der Idee der Freiheitsstrafe und der Satz „*nullum crimen sine lege*“, also das besonders strenge *Gesetzlichkeitsprinzip* des Strafrechts.

Daraus folgt, dass sich jede Strafbegründung der Idee des „Gesetzes“ jedenfalls nicht vollständig entziehen kann. Die Strafe muss also immer auch in *diesem Sinne* des allgemeinen Gesetzes „gerecht“ sein. Jeder rein präventive Ansatz wird diese zumindest formalen Gerechtigkeitsgedanken stillschweigend mitberücksichtigen (müssen).

Zum Strafrecht gehört überdies immer auch die Verbindung eines Tatbestandes mit einem Sanktionsrahmen. Grundlage der Strafe muss also immer -auch- die Tat sein. Diese Verbindung muss nicht zwingend ein Selbstzweck sein, wie es die Gerechtigkeitstheorie meint. Die Tat kann auch Anlass für die Resozialisierung „der Person“ bilden. Aber ohne einen gesetzlichen Tatbestand,

an den eine Strafdrohung geknüpft ist, darf es jedenfalls keine Strafe geben und greift auch ohne Tat nicht einmal das strafrechtliche Maßregelrecht der §§ 61 ff StGB.

Präventive Straftheorien kommen also zum einen nicht ohne ein derartiges Rechts- und Gerechtigkeitsdenken aus und werden und müssen zum anderen immer von einem Bürger-Strafrecht ausgehen.

Die Gerechtigkeitstheorien wiederum müssen sich darauf zurückbesinnen, dass die Idee des *allgemeinen Gesetzes* immer auch die generalpräventive Idee der Allgemeinheit mit umfasst und dass sie mit dem *Schutz* von Werten (auch vor Missbrauch durch den Staat) einen individualpräventiven Ansatz in sich birgt.

So erklären *Hassemer/ Neumann* zu Recht: „Dabei stehen Gerechtigkeit und Zweckmäßigkeit nicht unverbunden nebeneinander, sondern befruchten und begrenzen einander in einem Spannungsverhältnis.“<sup>138</sup>

Die Widersprüche sind danach also auszuhalten und bringen konkreten Gewinn. Auch ist zu bedenken, dass die Idee der Gerechtigkeit nur schwer zu bestimmen ist. So kennen wir neben der strengen Tausch- auch die Zuteilungsgerechtigkeit. Ebenso unterscheiden wir bei der Zweckmäßigkeit zumindest schon einmal zwei präventive Zwecke.

An dem vagen Grundgedanken einer *Über-Vereinigungstheorie*, mit welchem Schwerpunkt auch immer, ist also auch schon deshalb nicht vorbei zu kommen. Doch ist dabei nicht stehen zu bleiben. Ohne den zusätzlichen *Vorrang eines* Aspektes „fehlt ein übergeordnetes Entscheidungskriterium“<sup>139</sup>, um in Zweifelsfällen die Antinomie der Strafbegründungen aufzulösen.

Das Bekenntnis zur Notwendigkeit der Über-Vereinigungstheorie als solcher findet sich in etlichen Lehrbüchern zum Allgemeinen Teil des Strafrechts.<sup>140</sup> Sie

---

<sup>138</sup> Hassemer / Neumann NK StGB, 2017, Hassemer / Neumann, Vor § 1 Rn 58, 62, die selbst auch das „Rechtsgut“ als „zentrales Kriterium um eine gerechte Strafwürdigkeitsbestimmung“ zu erreichen, anführen.

<sup>139</sup> Murmann, Grundkurs, 2015, § 8 Rn 41. Besonders ausführlich, aber mit anderer Folgerung: Baumann / Weber / Mitsch/ Eisele, Strafrecht AT, 2016, § 2 Rn 20 ff, 53 („...sieht sich jede der wiedergegebenen Straftheorien trotz ihrer grundsätzlich einleuchtenden Argumenten einzelne gewichtigen Gegenargumenten ausgesetzt. Demgemäß enthält das StGB keine Festlegung auf einen einzige, sondern bringt in einzelnen Vorschriften in unterschiedlichen Zusammenhängen Gedanken der verschiedene Theorien zum Ausdruck“, dennoch steht das *Tatschuldstrafrecht* im Vordergrund, wie schon die Trennung zwischen Maßregelrecht und dem Tatschuldstrafrecht, §§ 19 ff, 46 ff StGB belegt, und wie das Prozessrecht mit dem „Schuldspruch“ zu Ausdruck bringt, an den der „Strafausspruch“ geknüpft ist.

<sup>140</sup> So auch Murmann selbst, Murmann, Grundkurs, 2015, § 8 Rn 41; Hoffmann-Holland, Strafrecht AT, 2015, 1. Kap, II 2, Rn 12 ff., 20 („Im Hinblick auf die...Kritikpunkte an (rein)

berichten dazu von den absoluten und relativen Theorien und ihren vier Ahnherren, erörtern diese, kritisieren jeweils die reine Form dieser vier Lehren, die in Wirklichkeit aber nicht so streng vertreten wird. Die Lehrbücher verzichten aber zugleich und sinnvoll auf eine konkretere weitere Stellungnahme dazu, welche Schwergewichte sie legen wollen.

Die Unterarten der Vereinigungstheorie, die auf einen bestimmten Vorrang setzen lassen sich grob in drei Gruppen ordnen. Die beiden herkömmlichen Unterscheidungen lauten:

(1) *Präventive Vereinigungstheorie*. Es gibt die präventive Vereinigungstheorie in vielerlei Ausprägungen. Sie herrscht wohl unter denjenigen Strafrechtlern vor, die sich intensiver mit der Begründung der Strafe beschäftigt haben.

Allerdings betrachtet diese Lehre vor allem das Gesetz, das an die Allgemeinheit gerichtet ist. Die Vertreter des präventiven Ansatzes meiden soweit möglich vor allem den (naturgemäß konservativen) Gedanken von vergeltendem Schuldausgleich, der zur Strafschärfung neigt. Sie wollen die Schuld mit sozialliberalem Hintergrund umdeuten, etwa als soziale Schuld oder auch Rechtsschuld, als normative Motivierbarkeit oder „normative Ansprechbarkeit“<sup>141</sup>. So umgehen sie zugleich das Problem der Willensfreiheit.

Dazu gehört die wirkungsmächtige Lehre von *Roxin*.<sup>142</sup> Er will die Strafdrohung generalpräventiv und den Vollzug individualpräventiv verstehen. Die Tatschuld soll nur als Obergrenze dienen, also nicht strafbegründend, sondern nur mildernd wirken. Er verwendet also den Grundansatz der additiven Vereinigungstheorie.

---

absoluten und relativen Strafzwecklehren hat sich heute weitgehend ein integrierender Ansatz durchgesetzt, der im Sinne einer *Vereinigungstheorie* die Aspekte der Repression und der Prävention kombiniert“); Heinrich, Strafrecht AT, 2016, § 2 I bis III, Rn 19 („Da insoweit keine der genannten Theorien vollständig überzeugen kann, haben sich heutzutage mehrere Vereinigungstheorien gebildet, die je nach Ausprägung zwar den Schwerpunkt auf den einen oder den anderen Aspekt legen, im Ergebnis aber die genannten Theorien miteinander verbinden“). Ähnlich Rengier, Strafrecht AT, 2017 § 3 Rn 21 ff. („... das keine Straftheorie für sich allein zu überzeugen vermag. Vor diesem Hintergrund sind mit unterschiedlichen Akzenten vermittelnde Vereinigungstheorien entstanden, die versuchen, die Strafzwecke in ein ausgewogenes Verhältnis zu bringen“); Hilgendorf/Valerius, Strafrecht AT, 2015, § 1, Rn 6 ff. („Die sogenannte Vereinigungstheorie verbindet ... die absoluten und relativen Straftheorien zu einem einheitliche Ansatz“- was wohl nur mit dem Vorrang einer Sichtweise und der Unterordnung der anderen möglich ist); Gropp, Strafrecht AT, 2015, Rn 98 ff; Wessels/Beulke/Satzger, Strafrecht AT, 2016, Rn 12 ff. Kindhäuser, Strafrecht, AT, 2015, § 2 Rn 9 ff. Siehe zudem: Joecks Mü-Ko, 2017, Joecks, Einleitung vor §§ 1 Rn 47 ff. und den Überblick bei Momsen / Rackow, Straftheorien, JA 2004, 336 ff. , 339.

<sup>141</sup> Roxin, unter anderem: Ansprechbarkeit GA 2015, 489 ff. . Hoyer, Ansprechbarkeit, 2011, 723 ff., 723 ff..

<sup>142</sup> Roxin, Strafrecht AT I, 2006, § 2 Rn 34 ff.

Die Komplexität schon dieser wichtigen Einzellehre zeigt, wie vielfältig die Strafrechtswissenschaft mit den einzelnen Begründungssträngen umgeht und umgehen kann, je nach der eigenen Grundhaltung. Deshalb ist es sinnvoll und guter Brauch in der Lehrbuchliteratur, sich zumindest immer auch abstrakt mit den drei großen Begründungssträngen zu beschäftigen.

(2) *Vergeltende Vereinigungstheorie*. Die die Tatschuld vergeltende Vereinigungstheorie beherrscht die Praxis, angeführt und inzwischen verfestigt vor allem vom *Bundesverfassungsgericht* in einer neueren Entscheidung.<sup>143</sup>

Die Gerichte, voran das Bundesverfassungsgericht, nehmen einen anderen Blickwinkel ein als den an die Allgemeinheit gerichtete Gesetz. Sie individualisieren das Recht, sie sehen den Täter als Grundrechtsträger und Prozessbeteiligten. Ihm müssen sie die Strafe mit dem Verbund von Schuld und Strafausspruch erklären. Den Vollzug wiederum erleidet der Täter wegen der Tat, aber diese Tat sitzt nicht im Vollzug ein. Die Vollstreckung der Freiheitsstrafe bildet zwar die eigentliche Strafe. Sie wird von der Menschenwürde-Idee direkt regiert und unterliegt nach ihrer Ausgestaltung dem öffentliche Recht.

Auch gibt es der Sache nach die

(3) *Gegliederte Vereinigungstheorie*. Diese Lehransicht will zwischen den großen Begründungssträngen trennen und sie auf bestimmte Blickwinkel reduzieren. Es sind zwar Trennungslehren, sie sollen aber dazu dienen, allen drei Blickwinkeln gerecht zu werden. Insofern sind sie als Vermittlungslehren gemeint. In ihrer strengen Form kann man sie auch als eine Art additive Vereinigungstheorie bezeichnen. Dazu bieten sich verschiedene Wege an. Einer besteht etwa darin, eine dreifaltige Strafstufenlehre aufzuzeigen, die etwa zwischen generalpräventivem Gesetz, vergeltendem Urteil und individualpräventivem Vollzug unterscheidet.

(4) Andere Angebote beruhen auf externen Positionen und lassen sich (eher) *anderen Fachgebieten* zuordnen.

Das gilt auch große weitere Gruppe die *Straf-Rechtsphilosophen*, die nachfolgend aber wenigstens knapp vorzustellen sind.

---

<sup>143</sup> BVerfG 110, 1, 13 („Strafübel.... ist Ausdruck vergeltender Gerechtigkeit“). Siehe auch BVerfG 45, 187, 253 ff., 64, 261, 271 ff.; 109, 133, 167, 172 ff. Zudem BGI 20, 264, 267 f; 224, 132, 133 F; 28, 318, 326 f. 34, 150, 151. Etwa auch Krey / Esser, Strafrecht AT, 2016 , Rn 164 ff.



Ferner könnte man den Blick auf interessante *fremde nationale Rechtskulturen* werfen. Dazu zählt das liberal-personale angloamerikanische Rechts- Staats- und Strafverständnis<sup>144</sup>, mit dem auch die *Todesstrafe* der Preis für die eigene Entscheidung sein kann.<sup>145</sup> Gegenstand soll aber die „deutsche Strafrechtstheorie“ bleiben, auch wenn sie nicht immer klar von den Straf-Rechtsphilosophien zu trennen ist.

Auch an sich interessante menschen- und europarechtliche Aspekte sind auszublenden. Was ohnehin schon das deutsche Recht und seine Tradition schon bietet, muss nicht erst noch europa- und menschenrechtlich hergeleitet werden.<sup>146</sup>

An anderer Stelle sind auch etwa die Aspekte der *Rechtssoziologie* behandelt, die wertneutral das Strafen im Sinne von Ausschluss und Meiden lesen.<sup>147</sup>

Durchweg sind auch die klugen Angebote der *Kriminologie* beiseite zu drängen, was umgekehrt und ebenso bedauerlicher Weise auch gilt. Nur gelegentlich, wie bei der Frage nach der Wirksamkeit von Prävention und dem Vollzug, gibt relevante Überscheidungen.<sup>148</sup>

(5) Drei deutsche rechtliche Blickwinkel bieten sich zwar ebenfalls an, sind aber auch auszuklammern.

---

<sup>144</sup> „Zu Liberalismus und Strafe“ im Allgemeinen und zur Strafrechtstheorie Joel Feinbergs im Besonderen siehe Seher, Liberalismus, 2000, 20 f. („Das Nützlichkeitsprinzip als axiologisches Prinzip“), 21 ff. („Freiheitsprinzip als praktisches Prinzip“), 24 („Freiheitsprinzip und Utilitarismus“ sowie „Glückseligkeit als Selbstentfaltung - Mills-Menschenbild“), zudem: 28 ff. („Das Freiheitsprinzip als Grund und Grenze staatlicher Strafbefugnis“), 33 (und zwar in Bezug auf „lebenswichtige Interessen“ und damit, wie anzumerken ist, also nicht „Werte“). Ferner zu Feinbergs methodischem Pragmatismus: 39 (Feinberg verzichte „auf jede Art dogmatischer Letztbegründung“ und begnüge sich „mit einem direkten Appell an die Person des Gesprächspartners“, im Sinne eines „ad hominem“ Argumentes). Siehe auch Sachs, C., Moral, 2015, „Moral, Tadel, Buße. Zur Strafrechtstheorie von Antony Duff“, u.a. 60 (Mensch als „moral agent“), 66 f. („1. Anerkennung der Autonomie“, „2. Respektierung der Rationalität“, „3. Instrumentalisierungsverbot“, der andere sei stets „als Zweck und nie als bloßes Mittel“ zu behandeln).

<sup>145</sup> Siehe dazu im Sammelband „Zur Aktualität der Todesstrafe“: Rogall, Justizmord, 2002, 45 ff., 45 ff.; Rosenau, Rechtspolitik, ZIS 2006, 338 ff., 338 ff. (zur Europäischen Rechtspolitik). Rechtskulturvergleichend: Montenbruck, Menschenwürde-Idee, 2016, 5. Kap. („Pragmatische Alternative des Liberalismus“), V. („...drei Rechtfertigungen der ... Todesstrafe“, 202 ff.)

<sup>146</sup> Vgl. etwa Morgenstern, Recht, Rechtswissenschaft, 2014, 153 ff., („Ein Recht auf Hoffnung aus Art. 3 EMRK: Lebenslange Freiheitsstrafen in Europa“).

<sup>147</sup> Montenbruck, Zivile Versöhnung. Zivilreligion II, 2016, 5. Kap. I 3. („Rechtssoziologisch: Meiden und Ausschluss, rechtsanthropologische Straffrollen“, 224 ff.).

<sup>148</sup> Vgl. etwa Drenkhahn, Research, 2014, 9 ff., im Sammelband: „Long-Term Imprisonment and Human Rights“, und: Morgenstern, Strafen, 2016, 103 ff. („Was sind eigentlich „wirksame, verhältnismäßige und abschreckende“ Strafen? Einige Überlegungen zur europäischen Kriminalpolitik und zur Rolle der Kriminologie“).

So soll die *rein verfassungs- und staatsrechtliche* Sicht auf das Strafrecht nur am Rande erörtert werden<sup>149</sup> unter anderem auch deshalb, weil es sich *zumindest auch* um vorkonstitutionelles Strafrecht handelt.

Zudem sind die Straftheorien durchweg auf die *staatliche Strafe* beschränkt. Die zivile und am Ende auch zivilrechtliche Idee vom Täter-Opfer-Ausgleich und das gesamte Opferschutzrecht bleiben weitgehend ausgeblendet.

Sie sind gemeinsam mit der kritischen Frage, inwieweit der Staat eigentlich über einen eigenen *staatlichen Strafanspruch*<sup>150</sup> verfügt und inwieweit es sich um eine stellvertretende Geltendmachung eines Anspruchs handelt, der dem Opfer zusteht, ebenfalls an anderer Stelle erörtert.<sup>151</sup>

Ferner ist darauf zu verzichten, den *Strafprozess* oder das *Strafvollzugsrecht* in den Mittelpunkt zu stellen. Dort wäre etwa der Aspekt des „the process is the punishment“, der insbesondere für Geldbußen passt, mitzubedenken.

(6) Auch was unter dem Begriff der „Strafe“ im Alltag zu verstehen ist und was in der Rechtsgeschichte schon darunter zu verstehen war, ist nicht *im Einzelnen* anzusprechen.<sup>152</sup> Hier geht es um „Sinn und Zweck“ des gesetzlichen hoheitlichen Strafens.

*Selbstkritik.* Alle diese Begrenzungen, etwa auf das staatliche Strafen, beeinflussen einerseits das Vorverständnis der Straftheorie. Jede Reduktion birgt die Gefahr von verdeckten Vorgaben. Wer etwa die Strafe gleich mit Recht und Staat verbindet, läuft Gefahr, den Sinn der Strafe zumindest auch in der Rechtsidee zu sehen und sie mit dem Staatssinn, etwa über die Generalprävention, zu verknüpfen. Die Opfersicht etwa gerät dabei aus dem

---

<sup>149</sup> Vgl. etwa Wilfert, Strafe, 2017, („Strafe und Strafgesetzgebung im demokratischen Verfassungsstaat“). Zudem: Kaspar, Verhältnismäßigkeit, 2014, siehe etwa 28 f (Verfassung habe Vorrang vor dem einfachen Recht und damit auch vor dem Strafrecht. Auch mangle es an Analysen und Rechtsprechung zur verfassungsrechtlichen Legitimation und Begrenzung speziell des materiellen Strafrechts); dazu Jung, Verhältnismäßigkeit, GA 2015, 463 ff. .

<sup>150</sup> Kritisch zum staatlichen Strafanspruch: Scheffler, Dauer, 1991, 141, der generell von einer „Strafverfolgungsbefugnis“ spricht.

<sup>151</sup> Dazu: Weigend, Strafe, RW 2010, 40 ff.; Montenbruck, Zivile Versöhnung. Zivilreligion II, 2016, 8. Kap. III 3 („Integriertes Konsens- und Sühneverfahren und These von ausgehandelten Sühnevertrag“, 383 ff.), Kap. VIII, IV („... Hoheitliche Effektivität der Strafrechtspflege, privater Täter-Opfer-Ausgleich“, 395 ff.).

<sup>152</sup> Montenbruck, Zivile Versöhnung. Zivilreligion II, 2016, 5. Kap. II 1 („Private und öffentliche Strafen, 233 ff.), Kap. V, II 2 („Einzelne Arten der Strafe und der Straftenden“, 237 ff.), Kap. V. III 2 (Idee der Freiheits- als Bürgerstrafe..., 238 ff.), 6. Kap. I 1 („Strafe als Übel, gerechte Reaktion auf eine Aktion“, 250 ff. ), 7. Kap. II 3 („Private Vertrags-, Vereins- und Betriebsstrafe“, 319 ff.).

Blick. Dies wird sich alles nebenbei auch tatsächlich zeigen. Doch andererseits gilt es die enge Verbindung der Strafe mit dem Recht und dem Staat mit zu berücksichtigen und es geht zunächst einmal darum, überhaupt Sinn und Zweck des geltenden deutschen Strafrechts auszuformulieren.

Die Grundlage für die deutschen Straftheorien bilden also vorrangig das deutsche Strafgesetzbuch, das die *Strafrechtswissenschaft* seit *Feuerbach* halbautonom mit entwickelt und seitdem auch kritisch mit begleitet hat, und nachrangig das Strafprozessrecht einschließlich des Strafvollstreckungsrechts.

### **III. Sonderlehren: Selbstkorrumpierung (Köhler), Loyalitätsverweigerung (Pawlik), Anerkennungslehre (Seelmann), Feindstrafrecht (Jakobs), *défense sociale/difesa sociale* (Ancel, Gramatica), liberales Bürgerkriegsmodell, Abolitionismus, Legitimation durch Verfahren (Luhmann)**

Aufreihen lassen sich unter anderem die folgenden Sonderlehren, die überwiegend mit dem Namen und Konzepten bestimmter Strafrechtslehrer verbunden sind.

Vor allem an *Kant und Hegel* knüpfen *Wolff* sowie *Köhler, Schild, Zaczyk* und auch *Felix Herzog*<sup>153</sup> an. Sie sehen mit den Worten von *Köhler* den *Grund* der Strafe in der materiellen Schuld und Schuld in der „Selbstbestimmung“ des Täters mit seiner Entscheidung zum Bösen<sup>154</sup>. Sie bestehe in seiner „Selbstkorrumpierung“ durch „verweigernde Negation schlüssiger Handlungsbestimmung überhaupt“. Der Täter verneine den „subjektiv-autonomen Geltungsgrund des Rechts“. Was Unrecht, Verbrechen und damit Strafe konkreter bedeute, entspringe letztendlich dem „autonomen Vernunftschluss, also einem praktisch für sich allgemeingültigen Wissen des der konkreten Rechtsbeziehung zugrundeliegenden Rechtsverhältnisses“.

Notwendige Grundlage einer solchen Sicht ist die Existenz elementarer, jedermann einsichtiger moralischer (sittlicher) Vorstellungen.

---

<sup>153</sup> Wolff, Verständnis, ZStW 97 (1985), 786 ff.; Köhler, Fahrlässigkeit, 1982, 133 ff.; Köhler, Strafe, 1986; Zaczyk, Unrecht, 1989, 130 ff.; AK-StGB, 1989 -Schild, Vor § 13, Rn 46 ff., 50 ff. sowie Herzog, F., Prävention, 1987, 57 ff.

<sup>154</sup> Wörtliche Zitate aus Köhler, Strafe, 1986, 29, 34, 63, aufgegriffen und diskutiert von Jakobs, Schuldprinzip, 1993, 28, u. Hinw. auf den entsprechenden Blickwinkel von Bock, Ideen, ZStW 103 (1991), 636 ff., 648: Der „entehrende strafrechtliche Eingriff“ dürfe nur stattfinden, wenn sich die Person auch vor sich selbst im Unrecht wisse.

Diese Sichtweisen beruhen auf der Idee von der *Autonomie*, der Fähigkeit zur Selbstgesetzgebung, des Menschen, die wiederum ein wesentlicher Teil der *absoluten* Menschenwürde-Idee bildet.

*Pawlik*<sup>155</sup> bietet ein „freiheitstheoretisch abgesichertes Verständnis der Vergeltungstheorie“ und erklärt: „Diese Konzeption beruht auf einer Unterscheidung verschiedener Unrechtsformen, die als das "Unrecht der Person", das "Unrecht des Subjekts" und das "Unrecht des Bürgers" bezeichnet werden. Das spezifisch strafrechtliche Unrecht ist zu verstehen als ein Unrecht des Bürgers. Der Täter verletzt danach nicht allein seine Pflicht gegenüber seinem konkreten Opfer, sondern zugleich auch seine Verpflichtung zur Loyalität gegenüber dem gemeinsamen bürgerschaftlichen Projekt eines "Friedens durch Recht". Auf diese Loyalitätsverweigerung antwortet die Strafe. Sie hält den Täter an seiner Mitverantwortung für das Allgemeine fest und ehrt ihn auf diese Weise "als Vernünftiges" (Hegel)“.

Auch andere *Straf-Rechtsphilosophien* lehnen sich an die Philosophien von *Kant* und *Hegel* (aber etwa auch *Fichte*) an.

*Seelmann* greift mit seiner *Anerkennungslehre* vor allem *Hegel* auf. *Seelmann* etwa legitimiert die Strafe indem er auf das Modell des Verlustes der Anerkennung aus der Sicht *Hegels* abstellt. Das Recht gilt danach, wie im Grundsatz bei jedem Modell, das auf den Konsens abstellt, als eine Anerkennungsbeziehung. So sei der Verweigerer nicht „friedlos“ zu stellen, sondern über die Konstruktion eines „Abbüßungsvertrages“ zu erfassen.<sup>156</sup>

*Jakobs* stützt sich ebenfalls auf *Hegel* und leitet seinen *Personenbegriff* aus der politischen Philosophie ab. Unter anderem bezieht er sich einleuchtend auf *Rousseau*. Er begründet damit auch seine Idee von der Existenz eines auch sozialrealen deutschen *Feindstrafrechts*, etwa in der Terrorismusabwehr, das zugleich ein Freundstrafrecht als eigentliches *Bürgerstrafrecht* impliziert.<sup>157</sup>

Mit der Tat werde etwa der Terrorist zur bürgerlichen Unperson, er büßt also seine *Personalität* ein.

---

<sup>155</sup> Pawlik, Person, 2004, siehe unter anderem 86, 88 ff., Text aus der Verlagsankündigung.

<sup>156</sup> Seelmann, Anerkennungsverlust, 1995, siehe insbes. 67. Seelmann/ Demko, Rechtsphilosophie, 2014, § 9, Rn. 49,

<sup>157</sup> Unter anderem: Jakobs, Norm, 1997, 23, ursprünglich habe es nur Nomaden gegeben, ohne Freunde und Feinde, erst dann folgte die Gesellschaft nach, unter Hinweis auf: Rousseau, Ursprung, 1762, 77 ff., 183. Zudem: Jakobs, Theorie, 2010, 167 ff. („Zur Theorie des Feindstrafrechts“), 167 ff.

Unklar ist allerdings, ob der Terrorist damit nur seine Freiheitsrechte im Sinne des Art 2 GG verliert, dann wäre dieses Denkmodell dann in etwa noch verfassungskonform, wenn ihm die Tür zur Rückkehr in die deutsche Gesellschaft offen gehalten bleibt. Anders würde sich seine Lehre zeigen, wenn die Personalität auch die Menschenwürde des Täters mit umfassen soll. Eigentlich folgt aus dem Feindgedanken zudem auch die Anwendung der Regeln der *Kriegsgefangenschaft*.

Ein Feindstrafrecht fußt zudem darauf, dass die Tat als *Angriff* wahrgenommen wird, je nach Sichtweise auf die Geltung des Rechts oder auf die Gesellschaft, auf Rechtsgüter oder auf die Personalität eines Opfers. Die Geltung etwa wird wiederhergestellt, in dem auf die *Negation* der Geltung (durch den Täter) mit der *Negation* der Rechte oder der Güter oder der Personalität des Täters) zu antworten ist. Mit der Strafe wird der eingetretene oder zu befürchtende „*Normgeltungsschaden*“<sup>158</sup> geheilt. Jeder *missbilligende Schuldspruch* enthält zumindest *auch* diese Komponente und an ihn ist der Strafausspruch unmittelbar geknüpft.

Eine dem Feindstrafrecht verwandte *romanische* Idee der Strafe besteht im eher empirischen Modell der legalen *sanitäreren* Sozialverteidigung, der „*défense sociale*“ oder der „*difsa sociale*“, die mit dem Namen von *Ancel*<sup>159</sup> und *Gramatica*<sup>160</sup> verbunden sind, und auch in Deutschland diskutiert werden. Der exekutiv-lastige französische Ansatz der Sozialverteidigung deutet die Strafe sozialpolitisch und setzt in generalpräventiver Weise auf den kollektiven gemeinen Willen.<sup>161</sup>

Der reine angloamerikanische Liberalismus der souveränen Persönlichkeiten setzt bei *Hobbes* und *Locke* an. Danach existiert hoch vereinfacht *völkerrechtsähnlich* unmittelbar in ein Kriegs- und Friedensrecht zwischen den „Freien“. Für den angloamerikanischen Kulturkreis beklagt zwar zum Beispiel

---

<sup>158</sup> Reduziert darauf Jakobs, Norm, 1997, 103 ff. So auch und ebenfalls aus der Sicht einer *personalen* Lehre: Freund, Strafrecht AT, 2008, § 1 Rn 10 („Tragende Funktion der Strafe ist demnach die Wiederherstellung des gestörten Rechtsfriedens durch angemessenen mißbilligenden Reaktion auf einen begangenen Normverstoß (Straftat)“... Strafe ist zu verstehen als Widerspruch gegen über dem Normverstoß zur Beseitigung der Gefahr eines Normgeltungsschadens“).

<sup>159</sup> Ancel, Sozialverteidigung, 1966/1970. Passim. Zu dieser europäischen Kriminalpolitischen Sicht zunächst: Jescheck/ Weigend, Strafrecht AT, 1996, 66; Hassemer, Einführung, 1990, 28, 310 f.; sowie Naucke, Strafrecht, 1995, § 3, Rn 38 ff. Zudem: Gogorza, Grundsatz, GA 2015, 694 ff. („Zum Grundsatz der Wiedereingliederung im französischen Strafrecht“).

<sup>160</sup> Gramatica, Principi, 1961 („Principi di difesa sociale“); Kaufmann, Hilde, System, 1982, 518 ff. . 418 ff.; Schulz, Hansjürgen, Alternativen, JA 1982, 518 ff. , 518 f.

<sup>161</sup> Montenbruck, Zivile Versöhnung. Zivilreligion II, 2016, 9. Kap. I 1 („Deutscher Rechtsstaat, angloamerikanische Vertragsidee, französisches Solidaritätsdenken“, 402 ff.).

Garland das Verstummen liberaler Stimmen und rügt den Rückzug der spätmodernen Gesellschaft auf einfache „penal solutions“<sup>162</sup>. Aber auch sie verbleiben innerhalb des Systems. Der Angriff auf den bürgerlichen Wohlstand<sup>163</sup> und die Glücksuche des Freien führen folglich zur organisierten bürgerlichen Abwehr. Es handelt sich um eine Art des Bürgerkrieges, „war on crime“, der folglich vor allem auf der überschaubaren kommunalen Ebene der gewählten Strafverfolgungsorgane ausgetragen wird und zwangsläufig Minderheiten benachteiligen muss, aber auch die persönlicher und moralische Verantwortung der Wahlbürger einfordert. Die deutsche Art der Strafrechtsdogmatik wird in der Strafrechtspraxis der USA schon deshalb nicht verfolgt, weil das Strafrecht vorrangig prozessual und auf die Jury ausgerichtet ist.<sup>164</sup>

Einige *Straf-Rechtsphilosophien* sind an anderer Stelle schon diskutiert.<sup>165</sup> Das Hauptproblem aller liberal-personalen Anerkennungslehren besteht m. E. darin, dass sie auch die *Aberkennung* implizieren. Aberkennen können wir zwar aus unserer Verfassungssicht dem Täter seine personale Freiheit des Täters (Art. 2 GG), und zwar in erheblichen Umfang, aber nicht seine Menschenwürde (Art. 1 GG).

Dieses Denken ist aber nicht nur in Worten wie „war on crime“ erkennbar, sondern schwingt auch im deutschen Wort von der Verbrechensbekämpfung mit. In seltsamer Weise wird das Verbrechen vom Täter getrennt. Auch der individualpräventive Gedanken von der *Unschädlichmachung*, assoziiert -für sich betrachtet- auch eine ähnliche Sichtweise, die den Menschen „neutralisiert“.

Zum Umfeld dieser Feind-Sichtweise gehören ferner alle Lehren, die auf die *Notrechte* und die *Gefahrenabwehr* abstellen.

---

<sup>162</sup> Garland, *Culture*, 2001, 152; Kunz, *Strafe*, 2004, 71 ff., 71; herausgestellt auch von Jung, Garland, *Neue Kriminalpolitik*, 2001, 16 ff., 16 ff.

<sup>163</sup> Schild, *Bürgerrechte*, *Der Staat* (42) 2003, 329 ff., 338 (als: *persuit auf property*).

<sup>164</sup> Zum Fehlen einer Dogmatik in der englischsprachigen Strafrechtstheorie mit Hirsch, A. v., *Strafrechtstheorie*, 2005, 257 ff., 259 (u.a. zu Hart, Feinberg, Daft, Posner). Jedenfalls bis zur jüngeren Vergangenheit stellt er fest, 266: „Die englische Legislatur und die höheren Gerichte sahen sich als quasi allein bestimmend innerhalb ihrer rechtlichen Autorität und waren eine Beratung durch andere Quellen nicht gewohnt“. Der im Grundansatz absolutistische Dezonismus der königlichen Richter regiert also nach innen. Der Vorzug aber besteht in der unmittelbaren Wirksamkeit der Strafrechtspraxis als gelebte praktische Bürgerphilosophie.

<sup>165</sup> Montenbruck, *Weltliche Zivilreligion*, *Zivilreligion III*, 2016, 3. Teilband *Westlich Ethiken. Individual-, Leit- und Fachethiken*, 11. Kap. II 7 („Anerkennung von Freiheitsrechten, Hegel und: Seelmann, Wolff, Zaczek, Herzog, Köhler, Schreiber sowie Honneth“, 795 ff.). Siehe auch: Kap. 11 II 5 („Negativer Utilitarismus (Arthur Kaufmann), Utilitarismus der Rechtspersonen“, 775ff.), 11 Kap. II 6 („Jakobs: Vorüberlegungen zu „Norm, Person, Gesellschaft“, 782 ff.).

Zu den Gerechtigkeitsformeln zählt wiederum auch das dem zugrundeliegende alte *Schadigungsverbot* (neminem laedere, im englische Recht als dort besonders bedeutsame „harm principle“).<sup>166</sup> Diesen Aspekt werden wir also trotz erster verfassungsrechtlichen Bedenken schon deshalb mitverfolgen können und auch müssen, weil (und soweit) er in Deutschland vorwiegend *eingebunden* in die andere Strafbegründungen und also nicht in seiner reine Form vertreten wird und weil er somit auch nicht gegen die Menschenwürdeidee verstößt.

Der sogenannte *Abolitionismus*<sup>167</sup>, verlangt zwar angeblich die „Abschaffung des Strafrechts“. Er wendet sich auf den zweiten Blick vorrangig gegen das *staatliche* Strafen, aber nicht gegen den Gedanken des Ausgleichs. Er fordert, wie in *vorstaatlichen Zeiten*, stattdessen Alternativen im Sinne einer versöhnenden Wiedergutmachung; er setzt auf Bußakte. Ausgerichtet ist dieses Denkmodell vor allem auf den Bereich der mittleren und leichteren Kriminalität. Es bedeutet eine Art *zivilen Täter-Opfer-Ausgleich* im Rahmen der Gemeinde. Es betrifft also vor allem Delikte, bei denen das deutsche Strafrecht schon heute die Geldstrafe vorsieht, die sogar in gemeinnützige Arbeit umgewandelt werden kann, §§ 459 e, h StPO, Art. 293 EGSStGB, bei der die Strafaussetzung zur Bewährung samt Geldauflagen und Weisungen zur Lebensführung die Regelsanktionen darstellen, §§ 56 ff. StGB, und das Institut des Täter-Opferausgleichs seine gesetzliche Verankerung erfahren hat, § 46 a StGB.

Diese rechtssoziologische *Konfliktlösungsidee* ist eng mit dem liberalen Aushandeln von Strafe verwandt ist und findet sich auch ansatzweise im *hegelschen* Bild von der Versöhnung oder der Heilung durch die Aufhebung des Unrechts.

Der Rechtssoziologe und Rechtspositivist *Luhmann* spricht auch -insofern überzeugend- von der selbständigen „*Legitimation durch Verfahren*“<sup>168</sup>. Der Verfahrensritus, dessen ritueller Kern in der öffentlichen, theaterartigen Wiederholung besteht, bewirkt die Einordnung des Konfliktes in das Leben der Schicksalsgemeinschaft und führt damit auch zu dessen Ver-Sozialisierung. Aber aus der Sicht von Kläger und Beklagtem beinhaltet das dialogische

---

<sup>166</sup> Montenbruck, *Zivile Versöhnung. Zivilreligion II*, 2016, 12. Kap. 3. („Schadigungsverbot und das Recht zur Not- und Gefahrenabwehr“) in Verbindung mit 12. Kap. 4 („Strafidee: „Aktion und unmittelbare Reaktion“ auch durch kommunikative Wiederbelebung der Tat“, so dass auf diese Weise die unmittelbar hergestellt erscheint

<sup>167</sup> Hassemer / Neumann StGB, 2017, Vor § 1 Rn 18 ff. Zur „Schadenswiedergutmachung als Instrument strafrechtlicher Sozialkontrolle“: Frehsee, *Schadenswiedergutmachung*, 1987, 135 ff., 170 ff., 374 ff.

<sup>168</sup> Vgl. etwa BVerfG, Beschluss vom 7. Dezember 2011 - 2 BvR 2500/09 u.a. (Beweisverwertung), Abs. Nr. 111 („gehört zu den wesentlichen Grundsätzen eines rechtsstaatlichen Verfahrens“).

Verfahren, das beide Parteien vor dem Recht als *Personen* achtet, bereits einen wesentlichen Teil der Streitauflösung und das Verfahren<sup>169</sup> zielt auf eine *ausgehandelte Gerechtigkeit*. Die aus dem angloamerikanischen Denken stammende Prozessmaxime des „fair trial“ ist in Art. 6 EMR und im Rechtsstaatsprinzip<sup>170</sup> verankert.

*Fazit:* Alle diese kurz angesprochenen Lehren, setzen jedoch eine gesonderte *Rechtsphilosophie* oder *Rechtssoziologie* voraus, die, würde ihre Gedanken in Reinform in die deutsche Verfassung integriert sein, eine zumindest etwas andere deutsche *Rechtskultur* erzwingen. Dennoch findet alle Sichtweise als *Unterelemente* im deutschen Recht ihrem Ort. Das gilt aus Sicht der Strafrechtstheorie vor allem der liberal-personale Ansatz. Er ist innerhalb der deutschen Rechtskultur bei Art 2 GG, der *freien Entfaltung der Persönlichkeit*, angesiedelt, die die Freiheitsstrafe in erheblichem Maße beschneidet. Sie nimmt dort einen wichtiger folgerichtigen Platz unterhalb der Menschenwürde-Idee eine, die zunächst einmal die Autonomie des Einzelnen *aus sich heraus* begründet und absolut setzt.

Die *Gerechtigkeit* bildet zwar sowohl ein wesentliches Element des *Rechts*, und damit auch des Straf- und auch des Verfassungsrechts, als auch der rechtsphilosophischen *Ethik*. Aber es wird vor allem die Idee der Gerechtigkeit von Bedeutung sein, wie sie auch aus der Sicht des *Bundesverfassungsgerichts* zur Idee des Rechts, und damit auch des Rechtsstaats, zählt.

Für den üblichen Rückgriff auf *Kant* und *Hegel* und deren *Gerechtigkeitsideen* gilt folgendes.

---

<sup>169</sup> Börner, Legitimation, 2014, vgl. etwa 27 (zur „Idee einer funktionalen Theorie des Strafverfahrens“, als erstes Ziel gelte herkömmlicher Weise die „Durchsetzung des staatlichen Strafanspruchs“).

<sup>170</sup> Luhmann, Systeme, 1994, 174 ff.; sowie: Luhmann, Positivität, 1988, 11 ff., 22 ff.; Mit Ladeur lassen sich die Auswirkungen einer solchen Beziehungslehre als „postmoderne Rechtstheorie“ sehen. Sie wird auf soziologischer Ebene durch den Gedanken der „Selbstreferenz“, der „Selbstorganisation“ und der „Prozeduralisierung“ der jeweiligen Gemeinschaft bestimmt. Dahinter verbirgt sich der alte prämoderne Gedanke, dass „alles mit allem zusammenhängt“ und jede Veränderung durch Rückkoppelung zu anderen Veränderung führt. Rationalisiert bestimmen „Erwartungen“ das soziale Verhalten. Sie werden entweder enttäuscht und abgeändert oder auch kontrafaktisch durch Widerspruch bestätigt und verfestigt. Sie steuern den handelnden Einzelnen oder die Untergemeinschaften und Abänderungen schaffen neue Organisationsmuster, neue Subsysteme und neue Erwartungen. Die Organisationsmuster bilden die Normen. *Positive Erwartungen führen zu Werten*, die jedoch nur auf Zeit Bestand haben und deshalb stets bestätigt werden müssen. Ladeur, Rechtstheorie, 1992, vgl. etwa: 155 ff. (zur Selbstreferenz und Selbstorganisation). - Aus Montenbruck, Zivile Versöhnung. Zivilreligion II, 2016, 4. Kap. II 2 („Legitimation durch rituellen Zwang“).



Sie sind zum einen insofern von *unmittelbarer* Bedeutung als deren Ideen in die deutsche *Straftheorie*, und zwar bezogen auf das *deutsche Strafrecht*, Eingang gefunden haben, sie also integriert sind. Alle anderen Ansätze stellen *Straf-Rechtsphilosophien* dar. Wichtig ist zum anderen, *inwieweit* sich *Kant* und die gegenwärtigen Strafrechtsphilosophien sich zumindest *auch* im *Verfassungskern* von Art 1 (insbesondere die Menschenwürde) und 20 GG (insbesondere die Rechtsstaatsidee) wiederfinden lassen, sie also Teil unserer vagen deutschen Verfassungsidentität geworden sind und werden könnten. Der Blick von außen, von den *naturrechtlichen Denkwelten* aus oder auch von andere Verfassungskulturen her, mag helfen die eigenen Vorbedingungen zu erkennen. Aber er kann uns die Frage nicht ersparen, *innerhalb* unserer eigenen Straf- und Rechtskultur das Strafen zu begründen. Dieser Aufgaben nimmt sich die deutsche Straftheorie an.

Andererseits ist über die Strafe hinauszugehen. Zum Strafkern des Strafrechts gehören der Begriff der Schuld und die Beziehung von Tatunrecht und Täterstrafe:

## 4. Kapitel

### Strafe-Tat-Täter-Mensch

#### I. Beziehung von Tatumrecht und Menschenstrafe, Schuldbegriffe, Handlung, Zurechnung, Täterschaft

*Beziehung von Tatumrecht und Menschenstrafe.* „Schuld, Handlung, Zurechnung und Täterschaft“ stellen vier wichtige Anknüpfungspunkte für die Strafe dar. Sie bilden die üblichen Formen, mit denen wir die *Beziehung* zwischen der Tat und dem Täter herstellen. Zwar haben wir auf der *Tatbestandsseite* ein Tatstrafrecht normiert. Aber bestraft werden Menschen, und dies regelt das Strafgesetz auf der *Rechtsfolgende* der Strafnomen. Wir müssen also die Brücke vom Tatumrecht zum Menschen schlagen, Das Wort *Mensch* ist dabei den Begriffen und der Ideen der deutschen Menschenwürde-Idee und den allgemeinen Menschenrechtserklärungen entlehnt.

Die Rechtsbegriffe wie Täter, Beschuldigter, Verurteilter oder Rechtsperson schlagen dann schon die Brücke.

Die Prozessordnung setzt zwar umgekehrt an. Im Erkenntnisprozess steht der angeklagte *Mensch* im Mittelpunkt. Aber er wird sofort zum Rechtsperson des Beschuldigten umgeformt und dann als Angeklagter „wegen“ der schuldhaften Verwirklichung eines Unrechtstatbestandes verurteilt. Das Vollstreckungsverfahren wiederum regelt die Exekution der Strafe an einem Verurteilten, der eine verurteilter Mensch ist.

Mit den Zusätzen beschuldigt, angeklagt oder verurteilt, signalisiert das einerseits Recht, dass es den *Rechtstatus* des Betroffenen ergänzt. Zwar behält der jeweilige Mensch weiterhin seine Würde und seinen Grundstatus als Rechtssubjekt. Er wird also nicht bloß zum Objekt des Verfahren, Art. 1 I GG, er wird als Rechtssubjekt Beteiligter an seinem Prozess. Aber er wird zugleich auch zu einer besonderen Rechtsperson, indem er eine bestimmte Rechtsrolle einzunehmen hat, die seine *allgemeine Rechtspersönlichkeit* (etwa im Sinne von Art. 2 I GG) jedenfalls abändert.

Insofern gilt es aus dieser Sicht, einen bestimmten Menschen rechtsförmig mit einer bestimmten Tat zu verbinden und ihm einen abgeänderten Rechtsstatus zu verpassen. Es handelt sich also einerseits um eine Art vom neuer *normativer „Etikettierung“* des personalen Rechtsstatus, andererseits um die *sozial-reale* Einschränkung der freien Entfaltung der Persönlichkeit: als Beschuldigter, als Angeklagter, als Verurteilter und als Strafgefangener.

Doch im Mittelpunkt der deutschen Strafrechtstheorie steht nicht das Strafprozess- oder gar das Vollzugsrecht, sondern das materielle Strafrecht. Es geht also vorrangig, aber nicht ausschließlich, um die Verbindung der Unrechtstat mit dem zu bestrafenden Menschen.

Rechtsphilosophisch gewendet geht es darum die *verobjektivierte Tat* mit dem zu bestrafenden *Rechtssubjekt* zu verbinden. Die Trennung, vor allem zwischen dem *Taterfolg* und dem subjektiven Menschen, müssen wir in formalisierter Weise herstellen und damit die klassische Trennung von (subjektivem) Mensch und (objektiver) Welt lockern, aber nicht ganz auflösen. Denn beides behält immer -auch- seine jeweilige Eigenständigkeit, die *Unrechtstat* mit ihren Folgen und der *bestrafte Mensch*.

Dabei legt das Strafrecht des StGB das Schwergewicht auf das *Delikt* und es erfüllt damit zugleich den *anders* gerichteten Zweck, den Bürger vor dem Missbrauch des Strafrechts durch den Staat zu schützen.

Die Straftheorie setzen erst bei der Rechtfolge „Freiheits- oder Geldstrafe“ an, und er von ihr ausgeht, muss sich rückwärts vorarbeiten. Er stößt auf eine Vielzahl von Begriffen, deren dogmatische Feinheiten einerseits der Abwehr von Missbrauch dienen (*nullum crimen sine lege*), aber andererseits zu Begründung der Strafe zählen. Diese beiden Funktionen lassen sich nicht klar trennen.

*Schuldbegriffe.* Die Schuld ist ein *Begriff*, der die Auseinandersetzung um Sinn und Zweck des Strafens in Deutschland beherrscht. Er ist aus der Sicht des Strafrechts näher zu betrachten. Er enthält zugleich den *Gegenstand* der konkreten Strafe, wenn das Gericht den Strafausspruch an den Schuldspruch bindet („wegen ... wird bestraft“). Auch das Strafgesetz bindet den Strafrahmen an einen bestimmten Tatbestand und setzt voraus, dass der Täter ihn in der Regel vorsätzlich, rechtswidrig und schuldhaft verwirklicht hat.

Dazu verlangt das Gesetz vom Täter ein konkretes *Unrechtsbewusstsein*. Er muss das Unrecht der Tat in *seiner Laiensphäre* als solches erkannt haben. Der Kern des Schuldvorwurfs lautet: *Du hättest anders handeln können. Du hast Dich gegen das Recht und für das Unrecht entschieden.*

*Allgemeines zum Schuldbegriff.* Der Philosoph *Pothast* beklagt zwar zu Recht ebenso wie *Schreiber*, der im Übrigen seinerseits auf *Pothast* hinweist, dass in der strafrechtsdogmatischen Literatur zahlreiche unterschiedliche Definitionen und Funktionen des Schuldbegriffs angeboten würden. Die Bedeutung von

Schuld wird in der Tat umso dunkler, je mehr Erklärungsversuche man zur Kenntnis nimmt.<sup>171</sup>

*Maiwald* meint sogar, dass der Begriff der Schuld, ein „Zentralbegriff unseres Strafrechtssystems“, inhaltlich überhaupt nicht geklärt sei<sup>172</sup>. Aber es handelt sich dabei zum Teil um das alte methodische Dilemma, das sich stellt, wenn man große Begriffe fachwissenschaftlich unter die Lupe nimmt und auch nehmen muss. Man löst sie in Bestandteile auf und muss diese Teile und ihre Summe dann aus dem Blickwinkel des *jeweiligen Umfeldes* neu betrachten.

Die erste Annäherung an den Begriff zeigt jedenfalls: Schuld meint zwar im Kern und zur Unterscheidung vom Unrecht die bloße *Vorwerfbarkeit von Unrecht*, aber eben nicht allein. Denn diese Sicht spaltet die Vorwerfbarkeit vom Unrecht ab. Vielmehr wird dem Angeklagten immer ein konkretes Verhalten oder eine *Handlung* vorgeworfen, und zwar eine die einem gesetzlichen Tatbestand entspricht.

Die „Schuld im weiteren“ Sinne, so wie das Gericht sie im Urteilstenor mit dem *Schuldspruch* festlegt, beinhaltet eine Handlung, ein *Unrecht* und die Tat, kurz es geht um das „verschuldete Tatumrecht“. In einem noch weiteren Sinne, und zwar unter Einbeziehung auch der *Person* des Täters, verwendet der Gesetzgeber den Schuldbegriff bei der *Strafzumessung*.

*Allgemeiner Sprachgebrauch.* Nach dem *allgemeinen Sprachgebrauch*, der bekanntlich vage und immer neu ausformbar ist, meint Schuld die *Beziehung* einer *Person* zu einem von ihr beeinflussten *Sachverhalt*. Der Sachverhalt wird in der Regel durch einen *versachten Schaden* bestimmt. Der Begriff vom Schaden beinhaltet umgekehrt auch den *konkreten Wert* (als Gut) oder den Rechtsgutscharakter eines Tatobjektes.

Verschulden können Menschen aber allgemeinsprachlich Schäden oder auch Gefahrenlagen in jeglicher Form, nicht nur den Schaden an einem Menschen oder einer Sache.

*Verantwortlich* können sie auch für eine bestimmte „Lebensführung“ oder für die „Erschütterung der Rechtstreue“ der Allgemeinheit sein, oder auch für den Eindruck einer bestimmten Art und Höhe der Gefährlichkeit, den sie vermitteln.

---

<sup>171</sup> Pothast, Unzulänglichkeit, 1987, 321; Schreiber, Schuld, 1983, 73 ff., 74.

<sup>172</sup> Maiwald, Schuldbegriff, 1987, 147 ff., 147, m.w.N., der dann allerdings gleichwohl das Problem des Anders-Handeln-Könnens mit der Frage der Schuld in Verbindung setzt; siehe überdies Neumann, Entwicklungen, ZStW 99 (1987), 567 ff., 577 (Erläuterung 41 zur Diskussion auf dem Strafrechtslehrtage 1987). Neuerer Überblick von Herzberg, Schuldbegriff, GA 2015, 250 ff. .

Jeden Nachteil, den Menschen ursächlich mitbestimmen können, könnten sie grundsätzlich auch verschuldet haben. Dass Menschen auch Veränderungen der Umwelt zugerechnet werden können, die sie tatsächlich nicht verursacht haben, etwa über ein Fehlurteil oder auch eine Fiktion, beruht dennoch darauf, dass andere Menschen an die Ursächlichkeit glauben. Selbst die hypothetische Kausalität der Unterlassungsdelikte bedient sich der analogen Anwendung des Gedankens der Kausalität.

*Strafrecht.* Wer in die Tiefen des Strafrechts vordringt, wird feststellen, dass die Strafrechtsdogmatik den Begriff der Schuld nicht nur in einem engeren und einem weiteren Sinne verwendet. Er ist überdies auch abhängig von dem Gegenstand, auf den sie sich beziehen soll, den abstrakten gesetzlichen Unrechtstatbestand oder die konkrete Unrechtstat. Zudem verselbstständigt das Strafrecht Vorsatz und Fahrlässigkeit, die nach allgemeinem Sprachgebrauch typische Elemente der Schuld darstellen.

Aus der Schuld folgt die *Verantwortung* gegenüber sich und den anderen und daraus folgt dann die Haftung des Täters „mit dem Seinen“, Geld oder Freiheit. Für das *eigenverantwortliche* Tun, und nur dafür, haftet der Täter mit dem Eigenen. Auf die *Aktion* erfolgt, wenn die prozessualen Voraussetzungen vorliegen, die *Reaktion*. Das Unrecht der Tat wird mit Strafe vergolten, wenn es schuldhaft begangen wurde.

*Kern des vorherrschenden Schuldbegriffs.* Der *Kern* des Schuldbegriffs und der Bereich, der das Problem der Willensfreiheit betrifft, bildet die Antwort auf die Frage, ob demjenigen, der ein Verbrechen begangen hat, seine Tat *vorwerfbar* ist: Hätte er denn wirklich anders und rechtstreu handeln können?<sup>173</sup>

Schuldbegriffe im Strafrecht:

(1) Schuld meint also im Sinne der *unrechtsbezogenen Schuld* die gesamte dem Täter vorzuwerfende rechtswidrige Straftat. Die entsprechenden Tatbestände hat der Gesetzgeber in den Überschriften des Besonderen Teils des Strafgesetzbuches kurzgefasst. Sie verwendet der Richter im Tenor seines Urteils, das aus zwei Teilen, dem Schuldspruch und dem nachfolgenden Strafausspruch besteht: Der Angeklagte wird wegen Mordes, Raubes, Diebstahls usw. zu einer Freiheits- oder Geldstrafe von (...) verurteilt (vgl. § 260 IV StPO). Gemeint ist stets die schuldhafte und rechtswidrige Verwirklichung des Tatbestandes.

---

<sup>173</sup> Siehe auch Tiemeyer, Grundlagenprobleme, GA 1986, 203 ff.; Tiemeyer, Möglichkeit, ZStW 100 (1988), 527 ff.

Diese Art der Schuld nennen *Achenbach* und die ihm folgenden Autoren *Strafbegründungsschuld*, die von der *Strafbemessungsschuld*<sup>174</sup> zu trennen ist. Es ist das *verschuldete Tatunrecht*, die unrechtsbezogene Schuld auf der abstrakten Ebene der gesetzlichen Tatbestände. Schuld und sein Gegenstand, das Unrecht, werden zusammengefasst.

Die gesonderte *Strafbemessungsschuld* Sinne des § 46 StGB umfasst unter anderem auch *Vorstrafen*, die die Rechtsprechung berücksichtigt, weil der Täter sie sich bei Begehung der Tat nicht habe zur Warnung diene lassen. Das nachträgliche *Geständnis* bildet hingegen zumindest ein Indiz für eine weniger rechtsfeindliche Grundhaltung des Täters bei Begehung der Tat.<sup>175</sup>

(2) *Vorwerfbarkeit*. Schuld im engeren Sinne der Vorwerfbarkeit meinen der Gesetzgeber und mit ihm die Strafrechtswissenschaft, wenn sie von der Schuld als einem der drei Hauptelemente des Verbrechens, Tatbestand, Rechtswidrigkeit, Schuld, sprechen. Gesondert wird geprüft, ob dem Täter seine Unrechtstat auch vorzuwerfen, insbesondere, ob er bei Begehung der Tat schuldfähig gewesen ist, also die Fähigkeit besaß, das Unrechtmäßige seines Verhaltens einzusehen und dementsprechend zu handeln. An der Vorwerfbarkeit ihres Verhaltens fehlt es insbesondere bei Geisteskranken, Volltrunkenen und Kindern (§§ 20, 19 StGB). Überdies muss der Täter nicht nur die Fähigkeit gehabt haben, das Unrecht einzusehen, er muss es auch tatsächlich eingesehen haben, beziehungsweise im konkreten Fall hätte einsehen können (§ 17 StGB). Daran fehlt es etwa, wenn er irrigerweise Umstände annimmt, die ihn zur Notwehr berechtigen würden. Auch dürfen keine Umstände vorliegen, die ihn "entschuldigen" würden, wie etwa die Ausnahmesituation, dass er sein Leben auf Kosten des Lebens eines Unschuldigen gerettet hat (§ 35 StGB).

Ist der Täter schuldfähig, hat er die Rechtswidrigkeit seines Verhaltens erkannt, ist er auch nicht ausnahmsweise entschuldigt und handelt er gleichwohl so, ist ihm vorzuhalten, dass er sich für die Unrechtstat entschieden hat.<sup>176</sup>

(3) *Motive im Tatbestand*. Ferner gibt es in einigen wenigen Tatbeständen Merkmale, die als schuldsteigernd gelten, etwa ein „niedriger Beweggrund“, der den Totschlag zum Mord erhebt (§ 211 StGB) oder das Merkmal "rücksichtslos"

---

<sup>174</sup> Vgl. Achenbach, Grundlagen, 1974, u.a. 2 ff.

<sup>175</sup> Vgl. BGH NSTZ 85, 545; Fischer, StGB-Kommentar, 2017, § 46, Rn 46 („soweit sich daraus Rückschlüsse auf die innere Einstellung des Täters zur Tat oder deren Unrechtsgehalt ziehen lassen“).

<sup>176</sup> Vgl. BGH (Großer Senat) 2, 194 ff., 200, "Beziehung des Täters zur Unrechtstat" oder: das Belastetsein mit der Verantwortung (für eine rechtswidrige Tat); dazu: Gallas, Stand, ZStW 67 (1955), 1 ff., 45; Otto, Unrecht, ZStW 87 (1975), 540 ff., 580.

(§ 315 c I StGB). Absichten, wie die Bereicherungsabsicht, kennzeichnen zwar Ziele, die der Täter anstrebt. Aber sie wirken auch motivierend.

(4) *Vorsatz und Fahrlässigkeit*. Der Vorsatz und die Fahrlässigkeit sind auch nach dem Alltagsverständnis typische Elemente der Schuld. Wer den Begriff von der „Parallelwertung in der Laiensphäre“ ernst nimmt, muss diese enge Verbindung neben der strafrechtlichen parallel mitverfolgen.

Vorsatz und Fahrlässigkeit gehören ohnehin zum Schuldbegriff im weiten Sinne des Schuldspruchs, denn er erweist sich als „vorwerfbares Unrecht“, als allumfassend.

Das Zivilrecht meint im Übrigen die schuldhaft Verursachung eines Schadens insgesamt, wenn es vorsätzliche und fahrlässige Begehungsweisen gleichberechtigt nebeneinander setzt. Dieses Verschulden löst die Rechtsfolge des Schadensersatzes aus (§§ 823 I, 249 BGB). Schuld ist im Zivilrecht also ein Oberbegriff vorrangig für vorsätzliches oder fahrlässiges Handeln.

Hingegen nennt das Strafgesetz Vorsatz und Fahrlässigkeit gesondert (§§ 15, 16, 18, vgl. auch § 17 StGB) und neben den Normen, die den Ausschluss der Vorwerfbarkeit regeln. Gemeinsam schließen sie die Haftung für Zufall aus<sup>177</sup>. Bloßes Verursachen eines Schadens genügt nicht; der Täter muss im Strafrecht zumindest fahrlässig gehandelt haben (vgl. § 18 StGB).

Vorsätzliche und fahrlässige Begehungsweisen sind deshalb von der Schuld im Sinne der Vorwerfbarkeit zu trennen, ganz oder aber auch nur teilweise, weil sie insofern Doppelstrukturen besitzen, einerseits dem (personalisierten) Unrecht zugehören, als auch Elemente der Vorwerfbarkeit darstellen. Jedenfalls gelten sie auch als subjektive Elemente des Unrechtes, das ansonsten objektive Rechtsgutsbeeinträchtigungen oder Schädigungen durch menschliches Handeln erfasst. Erkennbar soll Unrecht, und zwar zu Recht im Strafrecht, nicht nur irgendeine verbotene Schadensverursachung meinen, die im Übrigen auch durch ein Tier oder ein Naturereignis hervorgerufen worden sein könnte, sondern eine durch einen Menschen bewirkte Beeinträchtigung, der dazu typischerweise vorsätzlich oder wenigstens fahrlässig, jedenfalls nicht lediglich zufällig handelt. Der Sache nach ist der Begriff des Unrechtes damit, weil auf den Menschen bezogen, bereits mit Schuld-elementen aufgeladen.

---

<sup>177</sup> Vgl. Jescheck/ Weigend, Strafrecht AT, 1996, 23, mit dem Hinweis, dass sich dieser Gedanke schon im römischen Zwölftafelgesetz (um 450 v. Chr.) befunden habe, also ältestes europäisches Kulturgut sei; Mommsen, Römisches Strafrecht, 1899 (1961), 85 zum griechischen Recht u. Hinw. auf Löffler, Schuldformen, 1895, 51 ff.

(5) Schwieriger noch zu fassen, weil umfassender und individualisierender, ist das, was Gesetzgeber und Rechtsprechung unter der Schuld im Sinne der Strafzumessung (§ 46 I StGB) verstehen. Die Schuld hat die Grundlage für die Strafzumessung zu bilden.

Zwar muss das Gericht zunächst feststellen, dass der Täter eine ihm vorwerfbare Straftat begangen hat. Doch legt der Gesetzgeber die Rechtsfolge, die Strafe, in aller Regel nur grob mit Hilfe eines weiten Strafrahmens fest. Dem hochabstrakten Tatbestand etwa des Raubes entspricht ein ebenso weiter Strafrahmen von sechs Monaten bis zu fünfzehn Jahren (vgl. §§ 249 I, II, 38 StGB). Innerhalb dieses Rahmens hat das Gericht eine nach Monaten zu bemessende Strafe zu finden. Grundlage hierfür ist das konkrete Maß der Schuld (§ 46 I StGB), auch wenn generalpräventive und spezialpräventive Erwägungen hinzukommen. Um die konkrete Strafe zuzumessen, hat der Richter erstens alle Elemente, die er verwendet hat, um den Schuldspruch zu begründen, erneut zu betrachten und zu konkretisieren: Im Fokus steht also zum Beispiel nicht, dass der Täter einem Menschen gewaltsam eine Sache weggenommen hat (also einen Raub begangen hat, § 249 StGB). Vielmehr geht es nun um das *Maß* der Gewaltanwendung, die Höhe der Beute, Absichten und Beweggründe sowie neben den tatbezogenen Umständen eben auch um die persönlichen Umstände des Täters (vgl. § 46 II StGB).

Zweitens sind neben der Begehung der konkreten Tat gewichtige täterbezogene Umstände zu berücksichtigen, das Vor- und auch das Nachtatverhalten. Die Rechtsprechung und auch ein Teil der Lehre verknüpfen Vor- und Nachtatverhalten unmittelbar mit der Tatschuld. Sie werfen dem Täter zum Beispiel einschlägige Vorstrafen damit vor, dass er sie sich nicht zur Warnung habe dienen lassen<sup>178</sup>. Nachtatverhalten, wie das Geständnis und tätige Reue, etwa als Bemühen, den Schaden wieder gut zu machen, vermögen insbesondere die Schuld des Täters erheblich zu mildern (vgl. § 46 II StGB). Alle diese weit in das Leben des Täters ausgreifenden Umstände bestimmen die sogenannte „Strafbemessungsschuld“.

(6) Sowohl der Strafbegründungs- und Strafbemessungsschuld im Sinne von Grund und Maß der Vorwerfbarkeit, als auch dem Gedanken, dass eine Zufallshaftung ausgeschlossen sein soll, liegt schließlich das Schuldprinzip im engeren Sinne zugrunde. Die Tat muss dem Täter vorwerfbar sein, und die Strafe muss auch der Höhe nach der Schuld entsprechen. Das so gefasste Schuldprinzip ist unmittelbar mit der Menschenwürde verknüpft und besitzt deshalb auch Verfassungsrang.

---

<sup>178</sup> So schon BGH 24, 198; JR 1972, 470; MDR 1954, 18.



*Einige Sonderbegriffe.* Darüber hinaus benutzt die Strafrechtswissenschaft den Begriff der Schuld mit verschiedenen Zusätzen:

(1) Den Begriff der *Lebensführungsschuld* verwendet die Strafrechtswissenschaft vorrangig, aber nicht ausschließlich in einem negativen Sinne. Seine gesamte Lebensführung soll dem Täter an sich nicht im Sinne der alten nationalsozialistischen Tätertypenlehre vorwerfbar sein. Die Tat des Menschen ist zu ahnden, nicht seine Entwicklung zum Verbrecher ist ihm vorzuwerfen. Es geht deshalb nicht darum, ihn als Täter(-typ) abzusondern.

Der Lebensführungsschuld in diesem Sinne liegt ein Bild vom Menschen zugrunde, dass den Täter nicht als im Willen freien, mit Menschenwürde ausgestatteten Mitbürger begreift, sondern als ein schlecht sozialisiertes Wesen. Das allgemeine Schuldprinzip führt zur Forderung nach dem Vorwurf der Einzeltatschuld.

Dennoch spielt die Lebensführungsschuld der Sache nach weiterhin eine bedeutende, wenngleich nachrangige<sup>179</sup> Rolle, soweit die Person des Täters zu berücksichtigen ist. So verlangt der Gesetzgeber für die Strafzumessung, "das Vorleben des Täters, seine persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse" zu berücksichtigen (§ 46 II StGB). Bei mehreren Taten des zu Verurteilenden hat das Gericht "die Person des Täters und die einzelnen Straftaten zusammenfassend" zu würdigen (§ 54 I StGB). Überdies nennt der Gesetzgeber "besondere persönliche Merkmale", um mit ihrer Hilfe die Strafbarkeit des Täters überhaupt erst zu begründen oder deutlich zu erhöhen (§§ 14, 28 StGB), zum Beispiel die Beamten- oder Amtsträgereigenschaft (§ 11 StGB), oder um die Strafbarkeit des Täters auszuschließen, zum Beispiel als Angehöriger (vgl. §§ 11, 35, 157, 258 StGB).

(2) Der Begriff der *Rechtsschuld* wiederum dient vorrangig dazu, den Sonderfall des Überzeugungstäters zu regeln. Das Rechtsbewusstsein und damit auch das Unrechtsbewusstsein gewinnt der Täter aus seinen eigenen ethischen Grundüberzeugungen. Sein Gewissen<sup>180</sup> zeigt es ihm an. Danach wäre es folgerichtig, demjenigen, der aufgrund einer abweichenden Überzeugung eine

---

<sup>179</sup> So forderte schon Jescheck sogar ausdrücklich die Verbindung der Einzeltatschuld mit der Lebensführungsschuld, allerdings mit dem "Kern" der Einzeltatschuld, Jescheck/ Weigend, Strafrecht AT, 1996, 423, u. Hinw. auf BGH NJW 1976, 2220. Zur Lebensführungsschuld siehe Bruns, Strafzumessungsrecht, 1974, 481 ff., 538 ff.

<sup>180</sup> Zum "Gewissen" vgl. Henkel, Rechtsphilosophie, 1977, 331; Welzel, Naturrecht, 1960, 1980, 238; Hupperschwiller, Gewissen, 1970, 41 ff.; Hartmann, Ethik, 1962, das Gewissen sei die "Einwirkung einer "höheren" Macht, einer Stimme aus einer anderen Welt".

Straftat begeht, zum Beispiel dem Revolutionär, seine Tat nicht vorzuwerfen<sup>181</sup>. Er selbst hält es für gerecht, so zu handeln. Deshalb begnügt sich das deutsche Recht nach überwiegender Ansicht damit, dass der Täter jedenfalls die Kenntnis besessen haben muss, dass die Allgemeinheit ein bestimmtes Verhalten als Unrecht einstuft.

Die Kenntnis der Strafnorm verlangt das Strafrecht ohnehin nicht. Eine *„Parallelwertung in der Laiensphäre“* reicht aus<sup>182</sup>. Um Unrechtsbewusstsein zu besitzen, muss der Täter also mit den Grundzügen der Rechts-, beziehungsweise der Sozialethik, der Sittlichkeit vertraut sein oder ihm müssen die *„elementaren Werte der Gemeinschaft“* bekannt sein, die das Strafrecht schützen soll<sup>183</sup>.

(3) Der sogenannte *normative oder auch normativ-psychologische Schuldbegriff* dient der Aufgabe, die Abkehr vom rein psychologischen Schuldbegriff aufzuzeigen. Dieser entsprang der alten schlichten Zweiteilung von rein objektivem Unrecht und der Schuld als dem rein subjektiven Element. Die Hauptmerkmale des psychologischen Schuldbegriffs waren der Vorsatz und das Fehlen psychischer Notlagen und geistiger oder körperlicher Defekte, also biologischer Elemente. Sie standen ohne rechten Zusammenhang nebeneinander. Ihnen fehlte als zusammenfassendes und normatives Element die Forderung, dass gegen den Täter auch der Vorwurf erhoben werden kann, sich für das Unrecht und gegen das Recht entschieden zu haben. So kann der Geisteskranke zwar vorsätzlich, aber trotzdem schuldlos handeln (vgl. § 20 StGB). Diese Lücke schließt der normative Schuldbegriff im Sinne der Vorwerfbarkeit der Tat.

(4) Den *sozialen* Schuldbegriff verwenden Autoren, die meinen, es sei nicht auf die Vorstellung des konkreten Täters abzustellen, sondern auf diejenige der Allgemeinheit.<sup>184</sup> Auf diese Weise passen die Vertreter einer Straftheorie, die sich vor allem an der Generalprävention orientiert, den Schuldbegriff (teleologisch) ihrem präventiven Ansatz an. Denn das Strafgesetz verwendet den Begriff der Schuld.

---

<sup>181</sup> Dazu, dass ohne präzise Unterscheidung von rechtlicher und sittlicher Schuld die Strafbarkeit des Überzeugungstäters nicht begründbar ist, siehe Kaufmann, Arthur, Schuldprinzip, 1976, 137 ff.

<sup>182</sup> Vgl. Kaufmann, Arthur, Parallelwertung, 1982.

<sup>183</sup> Zu *„elementarer Sittlichkeit“* etc. vgl. Montenbruck, In dubio, 1985, 44; Montenbruck, Wahlfeststellung, 1976, 109, u. Hinw. auf Zimmermann, F., Unrechtsbewusstsein, NJW 1954, 908 ff., 908; Jescheck, Anm. zu BGH 10, 35, JZ 1967, 551; Roxin, Offene Tatbestände, 1959, 117.

<sup>184</sup> Vgl. Maiwald, Schuldbegriff, 1987, 147 ff..

Versteht man *Schuld* solchermaßen sozial, liegt die Folgerung nahe, präventive, insbesondere generalpräventive Gesichtspunkte zumindest in *Grenzfällen* mit einzubeziehen. Ob der Täter die Tat schon als Schuldunfähiger im Sinne von § 20 StGB oder noch als erheblich vermindert Verantwortlicher (§ 21 StGB) begangen hat oder ob er wegen einer Überschreitung der Grenzen des Notwehrrechtes entschuldigt ist (§ 33 StGB), ist letztlich von den Vorstellungen der Gesellschaft, verkörpert durch Gesetzgeber und Gericht, abhängig. Sie allerdings legt aufgrund ihres Menschenbildes Wert auf humane Erwägungen, also individuelle Elemente, so dass es im Kern bei der sozialen Fiktion der Willensfreiheit bleiben kann.

Dieser Schuldbegriff ist zwar auch deshalb ein normativer, weil er die Vorwerfbarkeit zum Inhalt hat, aber ebenfalls deshalb, weil er zumindest für die Grenzfälle *präventive* Aufgaben als *Zweckmomente* der Schuld mit erfasst.<sup>185</sup> Doch soll es offenbar im Kern bei dem herkömmlichen Verständnis der Schuld mit dem Hauptelement der Vorwerfbarkeit bleiben, und sei es auch nur auf der Grundlage einer Schuldfähigkeit, die die Gemeinschaft den Menschen allgemein und dem Täter im konkreten Fall individuell zuschreibt.

(5) Die *Unschuldsvermutung* (Art. 6 II EMRK) betrifft die verfahrensrechtliche Seite<sup>186</sup>. Bis zur Rechtskraft des Urteils gilt der Angeklagte als unschuldig. Doch können die Strafverfolgungsorgane in der Zwischenzeit Maßnahmen wie die Untersuchungshaft anordnen, die sich bereits mit einem bestimmten Tatverdacht begnügen. Die Unschuldsvermutung schützt den Täter also nicht vor Tatverdacht, Beschuldigung oder der Anklage, die einen genügenden Tatverdacht voraussetzt (§ 170 StPO) und vom Gericht zugelassen wird, wenn der "Angeschuldigte einer Straftat hinreichend verdächtig erscheint" (§ 203 StPO). Gemeint ist nur, dass auch der Tatverdächtige sich gleichwohl noch als unschuldig zu entpuppen vermag und deshalb Vorverurteilungen zu begegnen ist.

*Handlung oder Tat.* Ebenso wie Vorsatz und Fahrlässigkeit, die nach allgemeinem Verständnis eindeutig der Schuld zugehören, sieht das Strafrecht auch andere Begriffe als eigenständig an, die mehr oder weniger eng mit dem weiten Schuldbegriff zusammenhängen: Ist dem Täter ein unrechtmäßiges Verhalten vorzuwerfen, so ist zu fragen, was überhaupt eine menschliche

---

<sup>185</sup> So insbesondere Burkhardt, Zweckmoment, GA 1976, 321; Rudolphi, Unrechtsbewusstsein, 1969, 1; Schreiber, Schuld, 1983, 73 ff., 73; Lackner, Prävention, 1985, 245 ff., 245, 255; Tiemeyer, Möglichkeit, ZStW 100 (1988), 527 ff., 527.

<sup>186</sup> Zum Verständnis dieses Rechtsinstitutes vgl. BVerfG 19, 342 ff., 347 f.; 74, 358 ff., 370 ff. Zum Verhältnis zum Satz "Im Zweifel für den Angeklagten" siehe Montenbruck, In dubio, 1985, 61 ff.; siehe auch Frister, Schuldprinzip, 1988. Kritisch zum Verhältnis von Tatverdacht und Unschuldsvermutung Bohnert, J., Abschlussentscheidung, 1992, 242 ff.

*Handlung* erfasst. Denn sie, also die Tat, ist der eigentliche Gegenstand des Vorwurfs.

Unstreitig ist in der Strafrechtswissenschaft nur, dass Handeln als „gewillkürtes Körperverhalten“ zu begreifen ist<sup>187</sup>. *Nicht*-Handlungen, wie Reflexbewegungen, instinktive Abwehrreaktionen, Handeln in bewusstlosem Zustand oder unter unwiderstehlicher Gewalt, sind also bereits keine Handlungen im Sinne eines gesetzlichen Tatbestandes. Wer in eine Schaufensterscheibe gestoßen wird, hat sie nicht „zerstört“<sup>188</sup>. Vorzuwerfen ist dem „Verursacher“ seine Bewegung schon deshalb nicht, weil sie keine eigene Handlung (Tat) darstellt.

Da das Strafrecht wie selbstverständlich nur *menschliches* Verhalten als Handeln begreift, besteht überdies die Möglichkeit, in den Handlungsbegriff einiges aufzunehmen, was aus dem Bild vom Menschen abzuleiten ist, zum Beispiel, dass er in der Regel zielgerichtet, in einem sozialen Umfeld und als verantwortliche Person handelt.

*Verursachung.* Zu handeln bedeutet, dass der Mensch etwas in der Außenwelt bewirkt, durch ein positives Tun oder ein Unterlassen. Er *verursacht* einen *Erfolg*; der Straftäter verletzt oder tötet einen Menschen, führt also den Todes- oder Verletzungserfolg herbei. Aber auch wenn das Gesetz bei schweren Delikten den Versuch unter Strafe stellt oder auch allgemein die Gefährdung eines elementaren Wertes, verlangt es eine Handlung, beim Versuch das äußerlich erkennbare unmittelbare Ansetzen zur Tatbestandsverwirklichung (§ 22 StGB). Zur persönlichen Willensentscheidung muss immer auch eine äußerlich erkennbare Willensbetätigung kommen, denn „die Gedanken sind frei“.

*Kausalitäts-, Zurechnungs- und Handlungslehren.* Was ein menschliches Handeln ansonsten kennzeichnet, ist umstritten. Es ist sogar zweifelhaft, ob es überhaupt bestimmbar ist, oder ob es denn für das Strafrecht, das über die gesetzlichen Tatbestände verfügt, hinaus definiert werden muss.

Wer allerdings nach Sinn und Zweck der Strafe jenseits deren konkreten gesetzlicher Ausprägung fragt und zur Antwort erhält, der Täter werde wegen einer schuldhaft begangenen Rechtsgutsverletzung bestraft, erkennt, dass

---

<sup>187</sup> Kargl, Handlung, 1991, 1 f.; siehe überdies Küpper, Strafrechtsdogmatik, 1990, 44 ff. (u. Hinw. auf die Definition des Handelns nach dem allgemeinen Sprachgebrauch gem. dem Grimm'schen Wörterbuch (Grimm, J. und W., Wörterbuch, 1956, Bd. 10, Sp. 404) wonach Handlung im allgemeinsten Sinne die „Ausführung eines Willens oder Vorsatzes“ bedeute).

<sup>188</sup> Kargl, Handlung, 1991, 1.

Handlung und Schuld zusammenhängen und er irgendeine Vorstellung vom Handeln entwickeln muss.

Die einfachste Vorstellung ist, das Handeln wie das Verschulden zunächst einmal auf das Verursachen zurückzuführen. Damit sind die Türen zu den sogenannten Kausalitätslehren geöffnet. Die in der Strafrechtswissenschaft vorherrschend vertretene Theorie ist diejenige der objektiven Zurechnung des Erfolges zur Tat und damit zum Täter. Im Zivilrecht wird sie Adäquanztheorie genannt.

(1) *Kausale Handlungsbegriff.* *Beling* fasste die Handlung noch rein naturalistisch auf und beschrieb die Verbindung von Körperbewegung und Veränderungen der Außenwelt (Erfolg) mit Hilfe der "Äquivalenztheorie" im Sinne von *Buri*<sup>189</sup>. Das Setzen einer Ursache für ein Ereignis genügt; im Prinzip reicht jede vom Täter gesetzte Bedingung aus, um ihn zum Verursacher zu machen.

Der deshalb sogenannte kausale Handlungsbegriff bestimmt die Handlung als ein "vom Willen beherrschbares (willkürliches)" menschliches Verhalten. Es führe eine bestimmte Folge in der Außenwelt herbei, entweder durch eine bloße Körperbewegung (Tätigkeitsdelikte) oder durch einen weitergehenden Erfolg (Erfolgsdelikte)<sup>190</sup>.

Der kausale Handlungsbegriff ist dem Einwand ausgesetzt, dass der Wille die menschliche Handlung zwar von bloßen Naturvorgängen unterscheide, die den Kausalverlauf gestaltende "Finalität" allerdings Eigenschaft allein des Menschen sei. Sie käme in diesem Handlungsbegriff nicht hinreichend zum Ausdruck. Außerdem vermöge der kausale Handlungsbegriff die Unterlassung nicht mit aufzunehmen, denn ein Unterlassen, etwa eine Mutter, die ihr Kind verhungern lässt, sei nicht als kausal im naturwissenschaftlichen Sinne zu bezeichnen. Endlich sei beim kausalen Handlungsbegriff ein Rückgriff auf jeden Mit-Verursacher möglich, denn es genüge, irgendeine der Ursachen gesetzt zu haben, im Sinne der sogenannten Äquivalenztheorie.

Dem *Alltagsverständnis* des Verursacherprinzips dürfte diese Sicht immer noch entsprechen. Doch ist ebenso offenkundig, dass das Setzen "irgendeiner" Bedingung nicht ausreicht: Zwar hat die Zeugung eines künftigen Mörders den

---

<sup>189</sup> Beling, *Lehre*, 1906, 7; Buri, *Causalität*, 1873, 2 ff. Vgl. auch Welzel, *Naturalismus*, 1935, 41 ff., und u.a. zum Problem, das Unterlassen zu beschreiben vgl. Radbruch, *Handlungsbegriff*, 1904, 143.

<sup>190</sup> So bereits Beling, *Lehre*, 1906, 9, 17.

Tod des Opfers mit verursacht, doch scheiden die Eltern "selbstverständlich" aus dem Kreis der "Verursacher" aus.

(2) Die Vertreter der *finalen Handlungslehre* meinen, menschliche Handlungen seien nicht nur vom Willen getragene Kausalabläufe. Eine Handlung stelle vielmehr die Ausübung einer Zwecktätigkeit dar. Der Mensch vermöge die Folgen seines Handelns jedenfalls in gewissen Grenzen vorauszusehen. Er sei ein "Steuerungsfaktor", der das äußere Kausalgeschehen "überformt". Dennoch bleibt offenkundig die Abhängigkeit von der Idee der Kausalität erhalten.

Die Gemengelage von sozialer und realer Determination einerseits und unterstellter verbleibender Willensfreiheit spiegeln sich in dieser Doppelsicht von Kausalität und Finalität des Handelns wider.

Allerdings betont bereits *Welzel*<sup>191</sup>, er habe nicht die Sache, sondern lediglich den Begriff der Finalität übernommen. Der *finale Handlungsbegriff* birgt bekanntlich Schwierigkeiten, das fahrlässige Verhalten zu erklären. Er beschreibt den typischen Fall der Straftat, die Vorsatztat (§ 15 StGB). Im Hinblick auf die Rechtsfolge der Freiheitsstrafe beherrscht sie das Strafrecht. Auch stellen die Fahrlässigkeitsdelikte in der Regel das Unterlassen einer bestimmten Gegensteuerung oder Finalität unter Strafe<sup>192</sup>.

(3) *Sozialer und personaler Handlungsbegriff*. Um einen Handlungsbegriff zu entwickeln, der sowohl das Unterlassen, als auch das fahrlässige Verhalten mit umfaßt, wird in der Wissenschaft zudem der sogenannte soziale Handlungsbegriff angeboten. Danach ist Handlung jedes "sozialerhebliche, menschliche Verhalten"<sup>193</sup>. Wer einer generalpräventiven Straftheorie den Vorrang gibt, muss nicht nur den Schuldbegriff entsprechend anpassen, sondern auch den Handlungsbegriff darauf abstimmen.

Auch der *personale Handlungsbegriff* erweist sich zum Teil als eine Unterart des sozialen Handlungsbegriffs. Die Persönlichkeit einer Person entsteht durch die Anerkennung des Anderen, also theoretisch intersubjektiv. Aber praktisch werden diese Rollen durch die „Allgemeinheit“ entwickelt und dann vom

---

<sup>191</sup> Welzel, Strafrecht, 1969, 37.

<sup>192</sup> Erklärungsversuche zum Ansatz Stratenwerths: Suppa, Mensch, 2003, 47 ff. sowie insbesondere 225 ff.

<sup>193</sup> Vgl. Wessels/Beulke/Satzger, Strafrecht AT, 2016, 24; Bloy, Handlungsbegriff, ZStW 90 (1978), 609 ff., 611 ff., insbes. 647; Jescheck/ Weigend, Strafrecht AT, 1996, 222 ff., die zumindest als nahestehend die Auffassungen von Maurach/ Zipf, Strafrecht AT, Bd 1, 1992, 207; siehe insbes. auch Maihofer, Handlungsbegriff, 1953, 10 f.; und Maihofer, Sozialer Handlungsbegriff, 1961, 156 ff.

demokratischen Recht verfestigt. Zugleich aber gehört die Personalität eines Menschen auch zur Deutung der Schuld.

Mit einem zusätzlichen personalen und damit schuldbezogenen Akzent formuliert *Jescheck*, eine Handlung sei jede Antwort des Menschen "auf eine erkannte oder wenigstens erkennbare Situationsanforderung durch Verwirklichung einer ihm nach seiner Freiheit zu Gebote stehenden Reaktionsmöglichkeit". Sozialerheblich sei ein Verhalten, wenn es "das Verhältnis des Einzelnen zu seiner Umwelt betrifft und diese durch seine Auswirkungen berührt"<sup>194</sup>.

Dieser Ansatz leidet einerseits zwar ersichtlich an seiner Zirkelschlüssigkeit, denn die Aufgabe besteht darin, die Tat als menschliche Verhaltensweise für eine soziale Reaktion auf sie näher zu definieren. Aber andererseits gehören aus rechtstheoretischer Sicht die „Rechtsfolge“ (hier Strafraumen) und die Rechtsfolgenvoraussetzung (hier der Tatbestand) untrennbar zusammen. Jede teleologische Deutung birgt die Gefahr verdeckter Zirkelschlüsse, Sie lassen sich bei Höchstbegriffen, wie „Schuld, Handlung, Zurechnung, Täterschaft“ nicht vermeiden. man sollte dann aber eben auch gleich die gewählte Straftheorie hinzufügen, also zu „Sinn und Zweck“ der Strafe Position beziehen.

Diese soziale Sichtweise ist aber -zumindest- stets zusätzlich zu berücksichtigen. Sie ist unmittelbar insbesondere zum pragmatischen sozialadäquaten begründeten Ausschluss der Strafbarkeit, dem Absehen von Strafe und auch zur Einstellung der Strafverfolgung mangels öffentlichen Interesses heranzuziehen.

*Objektiven Zurechenbarkeit.* Der soziale oder personale Handlungsbegriff<sup>195</sup> ist wiederum eng verwandt mit der Auffassung derjenigen, die für das Herbeiführen einer Folge nicht nur eine schlichte "Verursachung" im Sinne der Äquivalenztheorie verlangen, sondern darüber hinaus weitere Voraussetzungen erfüllt wissen wollen. Statt auf die Finalität und Vorsatz zieht die „Lehre der objektiven Zurechenbarkeit“ die Hauptelemente der Fahrlässigkeit in das Unrecht und über den Unrechtstatbestand in den entsprechenden Handlungsbegriff. So halten ihre Vertreter, zu denen als Vertreter des sozialen Handlungsbegriffs auch *Jescheck* und *Wessels* gehören, einen Erfolg dem Täter nur dann für objektiv zurechenbar, wenn die "Handlung eine rechtlich verbotene

---

<sup>194</sup> So schon *Jescheck/ Weigend*, Strafrecht AT, 1996 223, zum Merkmal der Freiheit u. Hinw. auf *Lampe*, Gleichstellung, ZStW 79 (1967), 476 ff., 496 ff.

<sup>195</sup> *Roxin*, Gedanken, 1970, 133 ff., 135 (Rückführung der objektiven Bezweckbarkeit auf das Risikoprinzip).

Gefährdung des geschützten Handlungsobjekts geschaffen und die Gefahr sich im tatbestandsmäßigen Erfolg verwirklicht hat”<sup>196</sup>.

Die rechtlich missbilligte Gefahr, die sich im tatbestandsgemäßen Erfolg verwirklicht haben muss, erfasst also Umstände, die erfahrungsgemäß geeignet sind, einen bestimmten Erfolg herbeizuführen. Sie hat sich zum Beispiel nicht verwirklicht, wenn das mit Tötungsvorsatz niedergestochene Opfer erst im Krankenhaus nach einem schweren Kunstfehler des Arztes zu Tode kommt. Erfahrungsgemäß geeignet sind die Umstände, die vorhersehbar sind.

Die Vorhersehbarkeit aber ist zugleich ein wesentliches Kriterium der generellen Fahrlässigkeit. Es führt also ein Weg vom sozialen Handlungsbegriff zur Lehre von der objektiven Zurechenbarkeit bis zum Schuldkriterium der Fahrlässigkeit, dem Mindestmaß für die Schuld (vgl. § 18 StGB, wenngleich dort als weiterreichende individuelle Fahrlässigkeit verstanden).

Die Äquivalenztheorie, die zur Feststellung der Kausalität, jedenfalls bei den Vorsatzdelikten, zunächst jede Bedingung ausreichen lässt, genügt jedoch bei Vorsatzdelikten, weil dann im Rahmen des Vorsatzes (mit Hilfe der Frage nach der wesentlichen oder unwesentlichen Abweichung der Vorstellung des Täters vom Kausalverlauf) die Korrektur vorzunehmen ist. Ihr folgt deshalb mit guten Gründen der Sache nach lange die höchstrichterliche Rechtsprechung.<sup>197</sup>

Die Bedenken gegen die Lehre vom sozialen Handlungsbegriff sind ähnlich wie die gegen die Lehre von der objektiven Zurechenbarkeit: Sie zeigen einen Weg auf, der in einer feinsinnigen Rechtskultur so verführerisch nahe liegt, Sachbeschreibung und Bewertung, weil sie ohnehin aufeinander bezogen sein müssen, auch schon begrifflich aufeinander zuzuschreiben. Der Begriff ”sozial” ist, wie der der rechtlichen Missbilligung, vage und normativ. Es besteht also die Gefahr, ihn als Leerformel zu missbrauchen. Er lädt überdies zu einem Zirkelschluss ein. Missbilligt oder sozial relevant ist, was strafbar oder nicht

---

<sup>196</sup> Roxin, Gedanken, 1970, 133 ff., 136; vgl. auch Otto, Kausaldiagnose, 1972, 91 ff., 99 ff.; Samson, Kausalverläufe, 1972, 86 ff.; Puppe, Erfolg, ZStW 92 (1980), 863 ff.; Wolter, Zurechnung, 1981; Kindhäuser, Handlung, 1980, 202 ff.; Kindhäuser, Kausalanalyse, GA 1982, 477 ff.; sowie Hruschka, Strukturen, 1976, 13 ff.; Wessels/Beulke/Satzger, Strafrecht AT, 2016, Rn 179 ff.;

Diese Lehre von der objektiven Zurechnung entspricht in etwa der älteren, sogenannten Relevanztheorie, die nur jene Verhaltensweisen erfassen will, die strafrechtlich relevant sind, vgl. Blei, Strafrecht AT, 1983, 104 ff., für die Fahrlässigkeitsdelikte in ähnlicher Weise aufgenommen vom BGH 11, 1 ff., 7.

<sup>197</sup> Siehe BGH 1, 332 ff., 332; 2, 20 ff., 24; 7, 112 ff., 114; 24, 31 ff., 34; sowie OLG Stuttgart JZ 1980, 618, 619.



strafbar sein soll<sup>198</sup>. Der soziale Handlungsbegriff vermengt schließlich Handeln und Erfolgszurechnung. Wer personale Elemente mit einbezieht, vermischt Tat und Schuld. Dennoch, so ist einzuräumen, sind am Ende im Recht stets Sachverhalte und abstrakte Normen in Deckung zu bringen und einzelne Prüfungsschritte nur Teile eines Ganzen. Das moderne Strafrecht ist insgesamt ein Tatschuldstrafrecht; das wie anzufügen ist, eine Person als den Verantwortlichen sanktionieren will.

*Zurechnung, Verantwortung und Handlung.* Eine weitere rechtswissenschaftliche und auch philosophische Diskussion hat eben diesen Begriff der *Zurechnung* zum Gegenstand. Er ist zwar kein Alltagsbegriff, aber eng verwandt mit demjenigen der „Verantwortlichkeit“. Koriath zeigt eindrücklich dessen vielfältige Verwendungen auf. Fünf Fragen ließen sich stellen: Was wird zugerechnet? Wem wird zugerechnet? Nach welchem Maßstab wird zugerechnet? Wer rechnet zu? In welchen Formen wird die Zurechnung vollzogen?<sup>199</sup>

Aus der Zurechnung folgt dann die *Verantwortung*, und gibt es neben der“ individuellen Verantwortung nicht auch eine kollektive Verantwortung?<sup>200</sup>

Die Schuld ist bei *Jakobs* eine Art von „Zuständigkeit“, die einem Mitglied der Gesellschaft zugeschrieben wird, um einen sozialen Konflikt auf eine bestimmte Weise lösen zu können.<sup>201</sup>

---

<sup>198</sup> Vgl. Küpper, Strafrechtsdogmatik, 1990, 62; Kindhäuser, Handlung, 1980, 154; sowie schon insbes. Blei, Strafrecht AT, 1983, 74 f.

<sup>199</sup> Koriath, Grundlagen, 1994, 17 ff, 98 ff.

<sup>200</sup> Günther/ Prittwitz, Verantwortung, 2010, 331 ff., 331 Koriath, Grundlagen, 1994, 17 ff, 98 ff. Mit Kant, dem wir das Menschenbild verdanken, das uns zum Schuldprinzip führt: „Zurechnung in moralischer Bedeutung ist das Urteil, wodurch jemand als Urheber (causa libera) eine Handlung, die alsdann Tat (faktum) heißt, unter Gesetzen steht, angesehen wird; welches, wenn es zugleich die rechtlichen Folgen aus der Tat bei sich führt, eine rechtskräftige (...), sonst aber nur eine beurteilende Zurechnung (...) sein würde. - Diejenige (...) Person, welche rechtskräftig zuzurechnen die Befugnis hat, heißt der Richter oder auch der Gerichtshof (...)“ Wem zugerechnet wird, beschreibt Kant mit den Worten „Person ist dasjenige Subjekt, dessen Handlungen einer Zurechnung fähig sind“, Kant, Grundlegung, 1785, AA , 334, 329 (Hervorhebungen von Kant), Hartmann, Ethik, 1962, 725 ff.; und Weinberger, O., Norm, 1988, 148.

<sup>201</sup> So noch einmal in seiner Beteiligungslehre: Jakobs, Theorie, 2014, 2. „Zurechnung kennt keine Inhalte, die von der normativen Struktur der Gesellschaft unabhängig wären, auf die also gegen die Gesellschaft eine Berufung möglich wäre. Beispielhaft, man kann, wenn die Ernte verhagelt ist, einen Bock, den sprichwörtlichen Sündenbock, aus dem Dorf prügeln; falsch muss das nicht sein, wenn auch fraglich ist, ob sich dadurch ein gesellschaftliches Problem lösen lässt...“; dazu auch Montenbruck, Zivile Versöhnung. Zivilreligion II, 2016, 6. Kap. II 3 („Strafphilosophisches: Personenbegriff und zur Verzichtbarkeit der Willensfreiheit“, 254 ff.)

Außerdem ist zwischen *objektiver* und *subjektiver* Zurechnung zu trennen.<sup>202</sup> Die objektive Zurechnung ist eng mit der Frage nach der einfachen Kausalität verwandt und setzt sie zunächst einmal voraus.<sup>203</sup> Die *subjektive* Zurechnung ist eng mit dem Vorsatz und über ihn wohl auch mit dem (vorsätzlichen) Verschulden eines Erfolges verknüpft.

Was für den Handlungsbegriff gilt, gilt auch für die objektive Zurechnung. Die jeweils vertretene Straftheorie beeinflusst ihr Verständnis.

Bei der subjektiven Zurechnung spiegeln sich, wie bereits oben gezeigt, alle Probleme wider, die auch mit dem Verschulden und dem Verantwortlichmachen verbunden werden.

Methodisch können zudem sämtliche Elemente der *Strafbegründung* auch dazu dienen, den Grund und Gegenstand des Strafens zu beschreiben. Dazu die folgenden Beispiele:

(a) *Kindhäuser*<sup>204</sup> zufolge ist die *Handlung* weder ein Ereignis, noch eine Entität, noch könne Handlung mit Zustandsveränderung gleichgesetzt werden. Handlung sei das Hervorbringen von Veränderungen im Sinne einer Relation zwischen faktischen und kontrafaktischen Ereignissen, das wir jemandem als *Verantwortlichem* zuschrieben. In der Tradition von *Hegel*, als einer Negation des Rechts, sei mit *Jakobs* die Handlung das „Sich-schuldhaft-zuständig-Machen für einen Normgeltungsschaden“<sup>205</sup>. Es sei, setzt *Kindhäuser* folgerichtig nach, ein „Kommunikationsakt mangelnder Normanerkennung“<sup>206</sup>.

Damit wird die Handlung zur Kommunikation. Ihr Gegenstand wird auf den „Ausdruck des Willens“ beschränkt. Die Handlung entspricht zwar nunmehr dem Vorwurf an den Täter, sich „freiwillig“ für das Unrecht entschieden zu haben. Aber diese Lehre übersieht, dass der geäußerte böse Wille allein nicht strafbar ist. Stets bedarf es realer Schäden. Die Verletzung bestimmter Werte und nicht nur der intendierte Geltungsschaden begründet die Strafwürdigkeit und Strafbedürftigkeit einer menschlichen Handlung.

(b) *Allwart*<sup>207</sup> geht noch einen Schritt weiter. Er betont, dass die Vielgestaltigkeit der Handlung es verbiete, sie als ein „Wesen“ für verfügbar zu halten. Er meint, Handeln ähnele dem Sprechen. Wie ein Begriff nichts anderes sei als die Bedeutung eines Wortes, so sei die Handlung nichts anderes als die Bedeutung eines Verhaltens.

---

<sup>202</sup> Koriath, Grundlagen, 1994, 98 ff.

<sup>203</sup> Zu „Zurechnung und Kausalität“: Gössel, Zurechnung, GA 2015, 18 ff. ; zum „System der objektiven Zurechnung“: Puppe, System, GA 2015, 203 ff.

<sup>204</sup> Kindhäuser, Handlung, 1980, etwa 16.

<sup>205</sup> Jakobs, Handlungsbegriff, 1992, 44.

<sup>206</sup> Kindhäuser, Grundfragen, 2001, 638

<sup>207</sup> Allwart, Recht, 1987, u.a. 87, 126.

Mit Küpper<sup>208</sup> ist gegen diesen Vergleich allerdings einzuwenden, dass der Verzicht auf Trennung zwischen Sprache und Wirklichkeit nicht nur zu einem Realitätsverlust führe. Wer über die Sprache und ihre Regeln nachdenke, müsse sie vielmehr wiederum zum Objekt machen und, wenn er dies mit Sprache umschreibe, zu denselben Problemen kommen. Küpper verweist auf den Satz des Philosophen Schneider<sup>209</sup>: "Das Leben verlangt mehr als „Sprachspiele wittgensteinscher Art“<sup>210</sup>.

Erkennbar bestimmt danach die Folge die Voraussetzung. Insofern ist methodisch eine *teleologische* Bestimmung der Handlung gewählt, die die Gefahr der Zirkelschlüssigkeit birgt, die allerdings in hoch abstrakten Fragen, wie derjenigen nach dem Verhältnis von Verantwortung und Gegenstand der Verantwortung, und zwar für den breiten *normativen Begriffshorizont* der Tat, unvermeidbar ist.

Aber dass die Handlung vorrangig eine schlüssige Erklärung darstellt, ist nur auf der sozialen Ebenen folgerichtig, nicht aber in der Welt der realen Schäden zu vermitteln. Beide Ansätze können deshalb, wenn sie nicht inhaltlich miteinander verbindbar sind, dann, wie die Straftheorien als Vereinigungstheorie, nebeneinander und nach jeweiligen Bedarf, also „topisch“ verwendet werden.

Maihofers These wiederum, es gebe keinen allgemeingültigen Handlungsbegriff, egal ob philosophischer oder handlungspraktischer Art, und keine Überlegenheit eines systemrelativen Handlungsbegriffes im Vergleich zu anderen<sup>211</sup>, ist ebenso zu bewerten wie die These, Strafe lasse sich nicht fassen, weil sie von ihren Voraussetzungen und Zielen abhängt. Ohne ein Vorverständnis seiner Aufgaben ist der Handlungsbegriff ein aussageloser Teil des jeweiligen Theoriegebäudes. Aber in der Alltagssprache hat sich eine Bedeutung dieses Begriffes herausgebildet. Deshalb ist es das Problem jeder sozialen Handlungslehre, dass sie Begriffe lediglich teleologisch von ihren Aufgaben her definiert. Sie erhebt eine Methode, die dazu dient, Grenzprobleme einer Definition zu meistern, indem man Begriffe nach dem Normzweck auslegt, zum Hauptkriterium für deren Vorverständnis überhaupt<sup>212</sup>. So droht auch das Vorverständnis der Schuld als soziale Schuld in einer zwar widerspruchsfreien, aber zirkelschlüssigen Begriffsbestimmung zu enden.

Über das Strafrecht hinaus ist jede *Fachwissenschaft*, die den Menschen zum Gegenstand hat, gehalten, für ihre Zwecke einen eigenen Handlungsbegriff zu entwerfen. Allerdings spiegeln sich in ihnen auch die strafrechtlichen Ansätze wider, weil und soweit sie ebenfalls *metarechtlich* ansetzen.

---

<sup>208</sup> Die Intentionale Handlungslehre beruht, wie Küpper, Strafrechtsdogmatik, 1990, 68 ff. betont, auf den Untersuchungen des Philosophen Wright, Erklären, 1984, u.a. 36, der seinerseits wiederum an das Werk von Anscombe (Anscombe, Causality, 1971) anknüpft.

<sup>209</sup> Schneider, F., Philosophie, 1964, 127.

<sup>210</sup> Küpper, Strafrechtsdogmatik, 1990, 71.

<sup>211</sup> Maihofer, Sozialer Handlungsbegriff, 191, 156 ff.; siehe auch Jescheck, Handlungsbegriff, 1961, 139 ff.; Bloy, Handlungsbegriff, ZStW 90 (1978), 609 ff.; betont auch von Paliero, Selbstverständnis, 2000, 75 ff., 85.

<sup>212</sup> Vgl. auch Paliero, Selbstverständnis, 2000, 75 ff., 85: Es sei eine Auseinandersetzung mit der gesellschaftlich und typologisch vorformalisierten Handlung vonnöten.

*Täterschaft.* Aus der Handlung oder auch Tat ergibt sich in Verbindung mit den gesetzlichen Tatbeständen die jeweilige Art der Täterschaft. Ebenfalls kaum trennbar von den Begriffen der Handlung und der Verursachung ist derjenige des Handelnden, des Täters. *Täter* eines Vorsatzdeliktes kann auch nach dem Strafrecht der mittelbare Täter (§ 25 I StGB) oder der Mittäter sein, nicht dagegen der Anstifter oder Gehilfe (§§ 26, 27 StGB). Hier hilft jedoch der Oberbegriff der Tatbeteiligung. Jeder, der einen Erfolg fahrlässig verursacht, gleich wo er in der Ursachenkette steht, kann im Übrigen als „Täter“ in Betracht kommen. Es gibt also vielerlei Formen der anteiligen Mitverursachung, die jedoch bei Vorsatzdelikten sorgfältig geschieden werden müssen.

Die Täterschaft ist zudem mit der *Tatherrschaft* verbunden, also der Machtseite des Unrechts, wie sie *Arndt Sinn* vorrangig betont.<sup>213</sup>

An die *Tatbestände* ist die Strafe allerdings nur in der Form der Strafraumen gebunden. Der Angeklagte wird im Schuldspruch mit dem sittlichen (oder ethischen) Makel der Täterschaft etikettiert. Dieser verändert nicht seinen Anspruch auf Achtung seiner Menschenwürde, aber doch seine Rechtspersönlichkeit.

*Fazit:* Das Begriffsviereck lautet also „Strafe-Tat-Täter-Mensch“. Um die Beziehung von Tatumrecht und Menschenstrafe zu umreißen, waren vor allem die vielfältigen Schuldbegriffe aufzuzeigen und zudem zunächst Handlung, Zurechnung, Täterschaft auszufächern.

## **II. Strafzumessungsperson, prozessualer Tatbegriff, Oberbegriffe: Bewertungsnorm und Verbrechen**

*Strafzumessungsperson, vor allem bei Tatmehrheit.* Wenig beachtet wird die Personenidee bei Tatmehrheit. Denn die Strafrechtsdogmatik nimmt sich vor allem der *einzelnen* Tatbestände des StGB an und sucht diese zu erfassen. Jedoch insbesondere bei Tatmehrheit wandelt sich das Tatstrafrecht sichtbar zu einem *personalen Täterstrafrecht*. Aber auch ansonsten gilt, dass der Angeklagte zwar wegen bestimmter tatbestandmäßiger Taten verurteilt wird, jedoch die konkreten Strafe noch auf ihn als „Strafzumessungsperson“ zugeschnitten werden muss. Definiert wird sie mithilfe von Art und Umfang der

---

<sup>213</sup> Sinn, Freistellung, 2007, § 29 ("Strafrechtliches Unrecht als Machtmissbrauch"), § 36 ("Macht und die einzelnen Momente der strafrechtlichen Zurechnung"), als Parallelmodell zum herkömmlichen vorrangigen Betonung der "Autonomie also Zurechnungs- und Freistellungsprinzip", § 5.

typischen Strafzumessungsgründe, wie etwa Motive, Alter, Vorstrafen oder Unrechtseinsicht.

Neben der Verantwortung für die *Tat* hat das Gericht stets auf die „Person“ des Täters und damit offenbar auch auf die „Entwicklung seiner Persönlichkeit“ abzustellen. Die „Person“ zu berücksichtigen, verlangt das Gesetz folgerichtig *ausdrücklich* für die Bemessung der Gesamtstrafe in den Fällen der *Tatmehrheit* (§ 54 StGB). Denn bei Tatmehrheit löst sich der Tatbezug je nach der inneren Verbindung der Taten mehr oder weniger auf. An die Stelle der -überholten- Idee von der Täterstrafe im Rahmen eines gesamten Täterstrafrechts (im Nationalsozialismus) tritt somit die Idee von der *menschlichen Person* im Rahmen der Strafzumessung. Denn Strafen erleiden (würdige und freie) Menschen und nicht ihre Taten, auch wenn sie „wegen“ ihrer Delikte bestraft werden.

Insofern ist zu differenzieren. Die Personenidee ist *unterhalb* der unantastbaren Menschenwürde zu verankern. Die Personalität und deren freie Entwicklung ergibt sich aus Art. 2 I GG. Deshalb kann der demokratische Staat dem verurteilten Menschen auch die *Freiheit* strafweise beschneiden. Der Staat hat aber bei der Art und Weise und Höhe der Strafzumessung und im Vollzug den Anspruch auf Achtung der Menschenwürde auch des (Mörders) zu achten. Dies ist jedenfalls die Blickweise des Schuldstrafrechts, das das Schulprinzip als gewichtigen Teil der Vereinigungstheorie ansieht.

Die Art und Weise der freien Entfaltung seiner Persönlichkeit wird dem Straftäter danach vorgeworfen und der Begriff der *Person* über die Verfassung abgesichert. Für seine im Laufe des Lebens erworbenen Dispositionen und sonstigen Veranlagungen, die seiner Kontrolle unterliegen, hat der Täter einzustehen, und zwar in etwa analog zu den bekannten Strafrechtsmodellen. Er hat für seine Persönlichkeit entweder (a) dem Modell der vorsätzlichen oder nur fahrlässigen „*actio libera in causa*“ die Verantwortung zu tragen oder (b) dem Modell der mittelbaren Täterschaft „durch sich selbst“ zu haften oder aber auch (c) für seine kriminelle Persönlichkeit ähnlich dem Garanten für die Eindämmung der eigenen Gefährlichkeit einzustehen.

*Strafverfahrensrecht.* Der notwendige *Pragmatismus* des Verfahrensrechts ergibt sich aus der Ausrichtung auf den konkreten Fall. So hat das Verfahrensrecht den Begriff der Tat im *prozessualen Sinne* entwickelt. Es gilt also ein zweiter Tatbegriff, und zwar ein an „Sinn und Zweck“ des Verfahrens ausgerichteter.

Diesen Begriff der Tat setzt etwa der Satz „ne bis in idem“ des Art. 103 I GG voraus. Er erfasst neben deren Bewertung als Unrecht auch und in erster Linie die Vorstellung, etwas im *kausalen Sinne* in der Außenwelt verändert zu haben.

Er beschreibt nach vorherrschender Ansicht einerseits einen realen *geschichtlichen Sachverhalt*, dessen Grenzen andererseits von der natürlichen Vorstellung der *Allgemeinheit* von der Identität der Tat bestimmt sind.<sup>214</sup>

*Dahinterliegende Bewertungsnorm.* Dieser Sachverhalt nach den Vorstellungen der *Allgemeinheit* ist aber als solcher durch die Tatbestände des Strafgesetzbuches und des Rechts insgesamt, nach denen er ausgewählt wird, vorbestimmt, die ihrerseits jeweils auf materiellen *Bewertungsnormen*<sup>215</sup> beruhen, die vorrangig an intendierten Rechtsgutsverletzungen ausgerichtet sind.

Typische gesetzliche Handlungsbeschreibungen wie Töten, Brandstiften, Nötigen, Wegnahme, falsch Aussagen, Fälschen oder auch Führen eines Kraftfahrzeugs beweisen die Berechtigung dieses Ansatzes. Diese pragmatische Sicht erlaubt es dann auch, zwischen der Unrechtstat und der Frage nach ihrer Vorwerfbarkeit als der Schuld im engeren Sinne zu trennen.

*Oberbegriff Verbrechen.* Mit dem Begriff der Tat untrennbar verbunden ist zudem die Lehre vom *Verbrechen*. Denn das Strafrecht regelt nicht irgendeine, sondern die Antwort auf ein strafwürdiges Verhalten. Der Verbrechensbegriff umfasst seinerseits den Gesamtgehalt des Schuldvorwurfs. So weist *Jescheck*<sup>216</sup> darauf hin, dass bereits *Beling* am Anfang dieses Jahrhunderts einen vollentwickelten Verbrechensbegriff gebildet habe, der laute: „*Verbrechen ist die tatbestandsmäßige, rechtswidrige, schuldhaft, einer auf sie passenden Strafdrohung unterstellte und den Strafdrohungsbedingungen genügende Handlung*“<sup>217</sup>. Das Verbrechen in diesem Sinne ist Gegenstand des *Schuldspruchs*.

Dass schließlich der Handlungs-, aber auch der Verbrechensbegriff durch die Brille einer jeden Straftheorie anders erscheinen, ist mit *Kargl* anzumerken<sup>218</sup>. Wer die Vereinigungstheorie vertritt, dürfte deshalb zu Mischkonzepten wie der sozialen Handlungslehre neigen und als Kausalitätstheorie die Lehre von der objektiven Zurechenbarkeit vertreten.

---

<sup>214</sup> Vgl. BGHSt. 35, 60, 62; BGHSt. 41, 385, 388; BGHSt. 43, 252, 255; BGHSt. 45, 211, 212; BVerfG 56, 22, 28; zur Einbeziehung subjektiv-normativer Kriterien: „Zielrichtung des Handelns“: BGH 35, 60, 64; zu seiner normativen Ergänzung als „völlig anderes rechtliches Gepräge“; Beulke, Strafprozessrecht, 2016, Rn 521, allerdings liegt bei der Trennung von Dauerdelikt (§ 129) und schwerem Zustandsdelikt (§ 211) zugleich nur ein Teildelikt der Tat vor.

<sup>215</sup> Sinn, Freistellung, 2007, § 28 ("Bewertungsnorm vs. Bestimmungsnorm").

<sup>216</sup> Jescheck/ Weigend, Strafrecht AT, 1996, 201 f.

<sup>217</sup> Beling, Lehre, 7.

<sup>218</sup> Kargl, Handlung, 1991, 526 ff. (zur Handlung), 529 ff. (zum Verbrechensbegriff), 545 ff.

### III. Nachbetrachtungen: Drei Handlungslehren, personale Rollen und Menschenwürde, Menschsein und Laiensicht

*Rückblick und Ausblick.* An dieser Stelle ist der Blick auf die Feinheiten des deutschen Strafrechtssystems und seine Begrifflichkeiten abubrechen und es sind einige Nachbetrachtungen anzustellen.

Die Schwierigkeiten, die eine jede Fachwissenschaft mit den näheren Definitionen der von ihr verwendeten Begriffe hat, sind bekannt, aber intrasystematisch in Kauf zu nehmen.

Andere Problemlagen entstehen jedoch dann, wenn eine Wissenschaft ihre Kernfragen aus dem Blickwinkel der Philosophie, also von außen und unter Einbeziehung anderer Fachwissenschaften zu lösen sucht. Sie muss, wenn auch nicht gänzlich, auf den allgemeinen Sprachgebrauch umsteigen, ihn jedoch als Zweitwährung gelten lassen. Das gilt insbesondere für die Begriffe der Schuld im Strafrecht und ihres rechtstheoretischen Gegenstücks, der Verantwortung.

Jede Straftheorie, die die Tat als Gegenstand der Strafe ansieht, ist genötigt, für den *Gegenstand* der Strafe einen passenden Begriff von Schuld, Handlung, Zurechnung und Täterschaft zu entwickeln, der sich an ihrem eigentlichen Schutzzweck oder auch Strafsinn ausrichtet. Er bietet, wenngleich einerseits zirkelschlüssig angelegt, andererseits auch nicht tautologisch zu verstehen, auch an den Folgen orientierte Aussagen über den Charakter der jeweilige Strafbegründung.

Der naturwissenschaftlich orientierten *Individualprävention*<sup>219</sup> genügt die kausale Handlungslehre.

Die finale Handlungslehre entspringt dem ethischen Prinzip der *Eigenverantwortung*.

Die soziale hat die Erhaltung des *Sozialwesens* im Blick. Sie ist damit pragmatisch, und zwar sowohl auf reale und kriminalpolitische Sozialsteuerung ausgerichtet, als auch auf die konsensuale Stärkung der Rechtstreue der Allgemeinheit. Generalpräventiv-idealistisch und somit geistig (symbolisch und kommunikativ) ist es hingegen, die Handlung aus der Idee des zu bekämpfenden Normwiderspruchs zu deuten.

---

<sup>219</sup> Die kausale Handlungslehre genügt also auch: Liszt, Lehrbuch, 1919, § 28, 116.

Folgerichtig ist es nach dem sozialen Ansatz, mit einem öffentlichen Widerspruch, und zwar nur gegen die Tat und nicht auf den Täter bezogen, zu reagieren. Begründet ist danach also nur derjenige Teil des Tenors, in dem die verbotene Tat im Schuldspruch in Form eines gesetzlichen Tatbestandes bezeichnet wird. Verurteilt wird also die Tat, und zwar als eine im Tatbestand typisierte. Dass der Widerspruch „auf Kosten“ der Täter geschieht, erscheint zugespitzt eigentlich beliebig und verzichtbar. Bestraft wird er auch nur als kommunikatives Mittel zu einem sozialen Zweck.

Hoch vereinfacht steckt der *sozialwissenschaftliche Zeitgeist* (nach 1968) hinter der sozialen Handlungslehre und ihrem Verständnis des Unrechtstatbestandes. Er hat wiederum die strenge *Willensethik* der finalen Handlungslehre (nach 1945, Welzel) abgelöst und ihre Deutung des Unrechts. Diese Lehre hat ihrerseits die kalte *kausale* Handlungslehre (nach 1871, von Liszt) aufgebrochen, die in scheinbar objektiver Weise rein beim äußeren *Erfolg* ansetzt und die Bewertung der Schuld vorbehält.

Diesen Handlungslehren ging die *Imputationslehre* voraus (lat. putare glauben, meinen, also „hinein schätzen“, auch als Lückenfüllung bei statistischen Unklarheiten), die als kriminalistische Zurechnungsidee auftrat (*Berner*, 1843), und die wiederum aus der *Moralphilosophie* und dem Naturrecht stammt. Sie wiederum wird auch als das Ende der katholisch-mittelalterlichen *Ursünde-Idee* diskutiert.

Der Begriff der Imputation ist zumindest eng mit dem *Verantwortungsgedanken* verwandt. Dieser ist heute vor allem in der Form der *Eigenverantwortung* relevant (Art. 1 i.V. m. Art. 2 I GG).

Danach müsste man auf der Handlungsebene einer *personalen* Zurechnungslehre folgen, die auf Personenrollen aufbaut, die aber nicht mit *rein sozialen* Zuständigkeiten als Verteilung von Verantwortung arbeitet, gar im Sinne von *Jakobs*<sup>220</sup>. Denn die Grundlage der Verantwortungsidee bildet derzeit die *Menschenwürde*, also die *eigene Vernunft*, mit der jeder Mensch grundsätzlich begabt ist. Nur dann wird er nicht bestraft, wenn er diese Begabung nicht einsetzen konnte, weil andere Personen ihm zugekommen sind, die der Tat näherstehen, oder ihm die Vernunft grundsätzlich nicht zur Verfügung steht, rollenmäßig also Kinder und Geisteskranke.

Dabei ist es aus der höheren Ebene der *Verfassung gleichgültig*, wie der *Gesetzgeber* sein Strafrecht konstruiert. So hat das Gesetz etwa den Vorsatz von

---

<sup>220</sup> Jakobs, Strafrecht A, 1991T 17, 484 f., Rn 23 ff. Jakobs, Aspekte, 1982, 69 ff., 71.



der Schuld getrennt und unterscheidet auch die Rechtfertigungs- von den Schuldausschließungsgründen. Auch ist es gleichgültig, wie die *Strafrechtswissenschaft* das Normengeflecht auslegt, solange sie sich entweder an die Verfassung hält oder neue Utopien daneben setzt.

Aber jeder würdige Mensch lebt auch in einer Gemeinschaft. So hat er sich auch der *Allgemeinheit*, etwa im Sinne der Gesellschaft, so wie sie Art. 20 GG beschreibt, gegenüber zu verantworten. Mehr noch, notfalls muss er auch Sonderopfer erbringen, wie etwa bei Untersuchungshaft aufgrund eines dringenden Tatverdachtes, virulent vor allem bei nachfolgendem Freispruch.

Die Frage lautet dann, welcher Verantwortung der Vorrang einzuräumen ist. Wem sind wir vorrangig unterworfen, uns selbst und unserer eigenen *Individualethik* oder der Gesellschaft und deren *Sozialethik*? Und müssen wir nicht zudem immer doch auch auf den *realen Schaden* und auf dessen Vermeidung achten (harm principle)? Wirkt nicht auch das Sein auf das Bewusstsein ein?

Oder aber: Gibt es nicht im Zweifel *drei gleichberechtigte Blickwinkel*, die mit einer Art von „praktischer Konkordanz“, wie auf der Ebene der Verfassung bestimmte gegenläufige Grundwerte, miteinander auskommen müssen? Die *Vereinigungstheorie* jedenfalls bietet einen solchen am Enden dreifaltigen Ansatz.

Die Praxis aber hat umgekehrt vor allem diejenigen Fälle heraus zu filtern, in denen der Täter *nicht* strafbar ist, weil *nicht* er, sondern andere im Sinne des Gesetzes *gehandelt* haben, oder er *nicht* schuldhaft oder subjektiv zurechenbar agieren konnte. Auch erweist sich aus der Sicht der *Strafe* vor allem die Frage der *Strafbarkeit* als relevant. Dafür müssen alle Strafbarkeitsbedingungen vorliegen. Wo der Vorsatz im Sinne von §16 StGB zur prüfen ist und wo die subjektiven Merkmale der Rechtfertigungsgründe zu erörtern sind, im subjektiven Tatbestand, in der Schuld oder doppelt in beidem, ist für die Strafe nicht von Gewicht. Entscheidend ist ohnehin nur, ob ein *Irrtum* in Betracht kommt und welche Rechtsfolge herzuziehen ist, die des § 16 oder die des § 17.

Alle feinsinnigen Dogmen, die zur Seite der *Rechtsfolgenvoraussetzungen* der Strafnormen gehören, berühren die Frage nach Sinn und Zweck des Strafens zwar scheinbar nur mittelbar. Aber ihre Relevanz für die Straftheorie ergibt sich daraus, dass auch alle Normen auf ihrer Tatbestandsseite immer auch teleologisch, also nach ihrem „Sinn und Zweck“, hier also dem Strafen, auszulegen sind. Das gilt für die einzelnen Normen des Besonderen Teils, aber auch für die Frage nach dem Wesen und Zweck von strafbaren Taten im Allgemeinen, also als Frage des Allgemeinen Teils des Strafgesetzbuches. Die

recht unterschiedliche *Auslegung* der Deliktsmerkmale fußt dann doch auch auf *unterschiedlichen Straftheorien*.

Dass nicht die Strafe selbst im *Mittelpunkt der deutschen Strafrechtswissenschaft und deren Strafrechtskultur* steht, sondern die Seite der Rechtsfolgenvoraussetzungen, ist auch sachgerecht. Denn das Strafgesetzbuch ist vor allem als *Bürgerschutzrecht* vor missbräuchlichem Strafen konzipiert, Art. 103 II GG, § 1 StGB, Art. 7 EMRK, Art. 49 I EU-Grundrechtecharta.

Aus der Sicht der Fragen nach Sinn und Zweck des Strafens sind die einzelnen Begründungen der Strafe aber unmittelbar einzuführen. Sie lassen sich durchweg als Teile oder Sonderformen der Vereinigungstheorie begreifen.

*Alltagssprache*. Zwar ist es aus hermeneutischer Sicht zwar letztlich unvermeidbar, dass das gewünschte *Ergebnis* auf die nähere Definition des Prüfungsgegenstandes einwirkt und im Übrigen auch die Methode mitbestimmt. Die juristische Methodenlehre kennt diesen Umstand als teleologische Auslegung. Aber ebenso verlangt eine rationale Wissenschaft auch, Gegenstand und Deutung so weit als möglich getrennt zu halten. Zumindest in der Kulturwissenschaft hilft es in der Regel, die Probleme mit dem Verständnis der Alltagssprache zu kennzeichnen. Bezogen auf das Strafrecht bedeutet dies zugleich, dass die „Parallelwertung in der Laiensphäre“ noch möglich sein muss, wie es dies das Schuldprinzip jedenfalls unabdingbar für jeden Täter voraussetzt.

*Täter-Tat-Schuld-Strafrecht*. Zu überlegen ist, ob ein Strafrecht nicht zumindest neben der Tatschuld ein *Täter-Tat-Schuld-Strafrecht* entwickeln sollte. Das anglo-amerikanische Strafrecht ist im Ansatz bereits pragmatischer, weil kriminalpolitisch weniger tat-, sondern straforientiert ausgerichtet. Die festgestellte Täterschaft bestimmt dann auch nach und mit dem Urteil die „Rechtspersönlichkeit“ des Betroffenen (Mit-) Menschen.

Aus der Sicht des Verurteilten und aller die ihn als Mit-Menschen im verfassungsrechtlichen Sinne ansprechen, sollte die *Verselbständigung* der *Schuld* als Tat-Schuld mit der „Vorwerfbarkeit“ überwölbt werden. Die Tat bestimmt zwar die personale Rolle des *Täters*. Doch die darüberhinausgehende Trennung der Täterschaft und von der Menschenwürde bildet eine große Errungenschaft der deutschen Tradition des Rechtsidealismus.

Für die Prüfung nach dem Aufbau von Tatbestand, Rechtswidrigkeit und Schuld ist diese Trennung recht sinnvoll. Aber es ist zumindest auch der Blickwinkel der Parallelwertung in der Laiensphäre einzunehmen- Das Strafrecht dient nicht sich selbst. So gibt das *Prozessrecht* die richtige Antwort. Der pragmatische und

„vernünftige“ Gesetzgeber gibt den Weg vor. Der Kern des *Schuldspruchs* besteht darin, einem Menschen sein unrechtmäßige Verhalten en bloc vorzuwerfen.

*Täter* und *Tat* oder *Mensch* und *Handlung* heißen die beiden entscheidenden Begriffe des sogenannten Schuldspruchs im Prozessrecht.

*Strafurteil und personale Rollen.* Hinzu tritt der *Strafausspruch*, sodass der Urteilsspruch, oder auch das Strafurteil die konkrete Strafe als Verbund von Tat und Täter, Strafe und Strafenden bezeichnet. Aber es handelt sich -aus dem Blickwinkel der Strafe nur um die Bezeichnung und die Angabe des Grundes der Strafe. Das Strafurteil selbst bildet nur, aber immerhin, das normative *Etikett* und die kommunikative *Rechtfertigung*, und zwar gegenüber der Rechtsperson, dem Täter, und der demokratischen Öffentlichkeit, also der Herrschergemeinschaft, und gegenüber den Richtenden selbst, als deren vernünftige Selbstvergewisserung. Die eigentliche Strafe selbst stellt die *Vollstreckung* dar, auch sie ist in der Strafprozessordnung mit geregelt.

Daneben steht die eigenständige Funktion des *Schuldspruchs*, der als Strafelement des *sittlichen Bemakelung* der Tat dieses Täters in sich trägt. Aus dessen Blickwinkel dient der Strafausspruch und die nachfolgende Vollstreckung Strafe als nachdrücklich Bekräftigung der Missbilligung der Tat des Täters.

Der Täter behält zwar seine Menschenwürde, aber nimmt nunmehr gesonderte *personale Prozessrechtsrolle* ein. Auf die allgemeine Beschuldigten- und die besondere Angeklagtenrolle folgen die Rollen des Verurteilten und danach die des Strafgefangenen. Erfolgt ein Strafurteil, so erscheint die Beschuldigung, die mit belastenden Freiheitseinschränkungen verbunden ist, rückwirkend durch die Tat gerechtfertigt und als verkappter Teil der Strafe. Bei Freispruch gilt die Unschuldsvermutung und sie soll der Reinigung vom Verdacht dienen.

*Vollstreckung als eigentlicher Straferfolg.* Im Falle von Untersuchungshaft erfolgt die Freiheitsstrafe -ohne Übergang in Freiheit- mit der Rechtskraft des Urteils. Ansonsten muss der Verurteilte noch gesondert zum Vollzug geladen werden. Es folgt in jedem Fall eine nicht öffentliches *gesondertes Vollstreckungsverfahren*. Diese Vollstreckung beinhalten die eigentliche Strafe; sie ist der reale „Erfolg“ des diesen Erfolg „Strafe“ nur intendierenden Urteiles.

*Spiegelung der Tat.* Insofern spiegelt die Strafe als Re-Aktion auch die Tat. Damit ist noch einmal auf diese zurück zu blicken.

Delikte sind typischerweise am Erfolg oder Gefahrerfolg erkennbar, so dass die Zurechnungskette lautet:

- (1) Erfolg
- (2) Handlung und am Ende erst steht
- (3) der Täter, dem die Tat als die Seine zuzurechnen ist.

Der Erfolg ist bei der Straftat, weil opferorientiert deutlich zunächst vom Täter getrennt.

Bestraft wird dann aber der Täter als ein Mit-Mensch. Der *Straferfolg*, die Vollstreckung der Strafe, tritt bei ihm ein.

Die vorangehende, im Willen frei, weil demokratisch-gesetzlich vorprogrammierte, also die vorgeplante *Handlung* bildet der gesamte *Prozess*, der mit der Aufnahme der Ermittlungen beginnt und dessen Erkenntnisverfahren mit dem rechtskräftigen Strafurteil endet. Am Ende straft also nicht das Gericht, sondern das im Willen freie Volk, in dessen Namen das Gericht urteilt.

Deshalb muss das demokratische Volk auch wissen, welche guten Gründe ihm die Wissenschaften, voran die Strafrechtswissenschaft, für das Strafen liefern kann.<sup>221</sup>

*Strafe als Rechtsfolge.* Der Tatbestandsseite folgt im Recht im Idealfalle eine Rechtsfolgenseite. Normen sind so aufgebaut. Die Strafe samt Schuldspruch trifft den Täter zwar wegen der Tat, aber er als Mensch erleidet sie „ganzheitlich“, also „mit Körper, Seele und Geist“. Der von der Strafe verselbstständigte Vorwurf, der den Schuldspruch begrifflich auszeichnet, kehrt mit der Strafvollstreckung gleichsam in die Persönlichkeit des Täters zurück, aus der er seine eigentliche Kraft bezieht. Denn den Strafteil des Strafrechts beherrscht die Idee von der *Täter-* oder auch *Menschenstrafe*. Anders gewendet: *Taten* verändert die Umwelt, aber sie lassen sich *nicht real bestrafen*.

*Vier außerrechtliche und laienhafte Straferwägungen:*

*Vereinfachung - Aktion und Reaktion.* Mit dem Schwergewicht auf den beiden einfachen Begriffen von „menschlichem Akteur“ (Täter) und „menschlicher Aktion“ (Tat) lässt sich auch der Vorgang des Strafens, das immer auch eine „menschliche Reaktion“ ist, selbst wenn es nur Zwecken dient, deshalb besser

---

<sup>221</sup> Zu „Strafe und Strafgesetzgebung im demokratischen Verfassungsstaat“ siehe Wilfert, Strafe, 2017, etwa 80 ff. (Demokratieprinzip und "Konsequenzen für das Strafrecht").

begreifen. Diese Paarung wirkt sowohl auf den Menschen als auch durch die Begrenzung seiner Handlungsfreiheit auf seine Aktionsmöglichkeit.

Der strafende Akteur, also derzeit der demokratische Staat, ist verantwortlicher Urheber der Strafe. Er sollte und darf sich nicht hinter einem selbstgesetzlichen Automatismus der „blinden Reaktion“ verbergen, wie es Art. 103 II GG nahezulegen scheint.

*Egoismus.* Wer auf die Motivation beider Akteure blickt, des Täters und des Strafenden, wird sie ebenfalls dem Menschbild entnehmen: In der Regel wird der Täter für seine Vorstellung also im weiteren Sinn *egoistisch und* zur Entfaltung seiner Persönlichkeit tätig. Aus den gleichen Gründen straft das „Volk“, in dessen Namen das Gericht sein Urteil fällt. Es setzt seine Vorstellungen durch. Diese sind an seinem *Selbstverständnis* ausgerichtet. Stimmen die Aktionen des Einzelnen mit dem Selbstverständnis der Allgemeinheit überein, dienen sie beiden, anderenfalls „stört“ der Einzelne die anderen und die Gemeinschaft.

*Sozialvertragsstrafe.* Diese Sicht ist eine doppelt relative, die einem *Friedens-* beziehungsweise *Kriegsmodell* entsprungen ist und letztlich ein liberalistisches Aushandeln auch von (Sozial-) Vertragsstrafen erlaubt, und zwar im Bereich der „verfügbaren Güter“.

*Semireligiöses Strafopfer als Wiedergutmachung.* Ein ganz anderes kirchenähnlich hoheitliches Modell entsteht dadurch, dass die Gerechtigkeit als solche verabsolutiert wird und damit einen eigenen säkulären Höchstwert erhält. Er kann auch noch religiös überwölkt sein, etwa fatalistisch als Schicksal. In diesem Fall haben sich der Täter, die anderen Einzelnen und die Gemeinschaft als solche diesem Höchstwert zu unterwerfen. Sie müssen ihm allerdings zur „Wiederherstellung“ auch als „Wieder-Gut-Machung“ klassischer Weise ein schmerzliches Opfer bringen. Anklänge an dieses zweite Grobmodell werden im nächsten Kapitel aufzuzeigen sein.

*Ausblick auf Schuldprinzip, Prävention und Person des Täters.* Das kodifizierte deutsche Strafrecht beruht auf der Seite der materiellen *Strafvoraussetzungen* wie selbstverständlich auf der Idee des verschuldeten Unrechts. Die beiden präventiven Elemente besitzen anscheinend nur, wie bei der Strafzumessung, die Aufgaben der *Feinststeuerung* und, wie bei der Strafaussetzung zur Bewährung oder wie im nachfolgenden Vollzug bis hin zur bedingten Entlassung, die Funktion der *Nachkorrektur*.

Aber erstens rückt bei der Strafzumessung mit der Schuld auch die ebenso soziale wie individuelle „Person“ des Täters in den Mittelpunkt, §§ 46, 54 StGB.

Ihm wird die Tat vorgeworfen; ihn trifft das Strafübel. Deshalb ist zwar auch zwischen der Begründung der Strafe und der Ausgestaltung der Strafrechtsfolgen zu trennen. Der Begriff der weitausgreifenden Strafbemessungsschuld, der nach vorherrschender Ansicht sowohl die Vorstrafen als auch reuige Wiedergutmachung über die Person des Täters umfasst, kennzeichnet diese partielle Eigenständigkeit. Aber ein grundlegender Widerspruch würde auch die Gemeinsamkeit der Teilselbstständigkeit von System und Untersystem beeinträchtigen. Ohne die Begründung der Strafe mit der Schuld erscheint auch die Bemessung der Strafe vorrangig nach Maßgabe der Schuld widersinnig

Zweitens ist das Schuldprinzip *begrifflich* nicht auf die Tat begrenzt. Das Strafrecht ist lediglich aus verfassungsrechtlichen Gründen an der *Tat* und nicht an der Strafe ausgerichtet. Insofern bildet die Tatschuld zwar eine auch nachfolgend derart begriffene Einheit. Aber dass der Täter auch zum Beispiel die fortwährende Erschütterung der Rechtstreue der Allgemeinheit hervorgerufen oder als Erwachsener seine Resozialisierungsbedürftigkeit mit zu verantworten hat, steht unbeachtet daneben. Die Lösung der Schuld von der Tat würde es erlauben, eine bislang nicht hinreichend beachtete *Brücke* zwischen dem Verantwortungs- und Schuldprinzip einerseits und der General- und der Spezialprävention andererseits zu schlagen. *Seelmann* erwägt z.B. eine „Verantwortungshalbierung“ für die Zukunft und spricht generell von einer „Zukunftsverantwortung“<sup>222</sup>.

Drittens wechselt der Blickwinkel. Während die Schuld *rückblickend* auf den Zeitpunkt der Tat bezogen bleibt, gewinnen die täterbezogenen und damit auch die präventiven Elemente der *jeweiligen Gegenwart* des Ermittlungsverfahrens, des Urteils und erst recht des Vollzugs zunehmend an Gewicht.

Aus diesem Grunde entfalten die *präventiven* Elemente in der Praxis und in der allgemeinen Kriminalpolitik ein in der Strafrechtsdogmatik weniger beachtetes, aber erkennbares und begründetes Eigengewicht. Sie treten trotz des Anscheins, den das Strafgesetzbuch vermittelt, nicht hinter den Schuldgedanken zurück.

*Fazit.* Mit diesen Nachbetrachtungen ist soll das Gesamtbild abgerundet sein: Drei große Handlungslehren sind im Angebot, eine naturwissenschaftliche, eine ethische und eine soziale Handlungslehre. Wir verwenden die Elemente von allen dreien. Die personalen Rollen des gesamten Strafrechts sind nachdrücklich vom Menschsein und der Menschenwürde zu trennen. Vier außerrechtliche und laienhafte Straferwägungen dränge sich zudem auf und waren anzusprechen

---

<sup>222</sup> Seelmann, Schwierigkeiten, 2004, 151 ff., 157 f. unter Hinweis auf Zielcke, Sache, Merkur 1986, 203 ff.

actio und reactio, der Egoismus, die Strafe als semireligiöses Widergutmachungsoffer. Der Ausblick auf das Schuldprinzip, die Prävention und die Person des Täters soll den Blick dann nach innen und auf strafrechtswissenschaftliche Kern der Straftheorie lenken.

Mit diesen Erwägungen soll die allgemeine Einführung abgeschlossen sein. Es folgt die straftheoretische Vertiefung.

## **Besonderer Teil**



## 5. Kapitel

### Grundkonsens und Widersprüchlichkeit der Vereinigungstheorie

#### I. Dogma und Evidenz der Notwendigkeit zu Strafen; zur Unvereinbarkeit der drei Strafbegründungen

*Dogma von der Erforderlichkeit der Strafe.* Dass Strafe jenseits der Frage um ihre Begründbarkeit jedenfalls in dieser Gesellschaft „sein muss“, erscheint den meisten von uns als *evident*. Die *Notwendigkeit*, mit welcher Begründung auch immer, zu strafen, stellt offenbar ein *unhinterfragbares Dogma* dar. Auch das Grundgesetz geht erkennbar von der Notwendigkeit von Strafe aus und regelt nur deren Ausgestaltung, vgl. Art. 103 GG. Art. 2 GG erwähnt die Strafe als den schwersten Eingriff in die Freiheitsrechte von Menschen durch den deutschen Staat nicht einmal gesondert. Sie ist eben von „althergebrachter Art“.

Auch die abweichenden Ansichten zur Art und Weise der *Begründung* des Strafens akzeptieren im Übrigen dieses Institut der Strafe. Es erweckt den Anschein, als müsse die Rechtfertigung des Strafens als solche nicht einmal vernünftig sein. Auch wütendes und willkürliche Strafen gilt uns offenbar noch als ein Strafen. Das Strafrecht dient insofern vor allem dem Ziel, dass allgemein verbreitete Strafen mithilfe des Rechts zu zivilisieren. Insofern erweist es sich, jedenfalls für unsere Rechtskultur, als von kategorischer Art. Verzichten könnten wir auf das Strafen überhaupt offenbar nur, wenn wir Konsens und Tradition darüber entwickeln, es, etwa als schwarze Pädagogik, zu tabuisieren. Aber selbst dann bliebe die Idee selbst noch virulent.

Auch der sogenannte *Abolitionismus* der angeblich die „Abschaffung des Strafrechts“ verlangt, wendet sich auf den zweiten Blick vorrangig gegen das *staatliche* Strafen, aber nicht gegen den Gedanken des Ausgleichs. Er fordert, wie in vorstaatlichen Zeiten, stattdessen Alternativen im Sinne einer versöhnenden Wiedergutmachung; er setzt auf Bußakte.

Das *Dogma* der Erforderlichkeit der Strafe nimmt durch seine Evidenz jedem grundsätzlichen Einwand, der es zu gefährden droht, seine Überzeugungskraft. Hinnehmbar erscheint nur die wissenschaftliche Kritik an einzelnen Teilen der Vereinigungstheorie, die die Möglichkeit anderer dann allein tragenden Begründungen der Strafe offenlässt.

Dennoch kann man versuchen, diese Evidenz mit rechtsanthropologischen Gedanken zu untermauern: Die *Grundfähigkeit des Menschen* zu

- Gewalt,

- List und
- Treubruch

bilden offenkundig den negativen Ausdruck seiner *Handlungsfreiheit*. Seine positive Gegenfähigkeit besteht darin, sich mit

- Ethik,
- Recht und
- Zwang

selbst zu zivilisieren, das heißt, *sich selbst zu beherrschen*.

Auf diese Weise vermögen wir in demokratischer Weise selbst eine einigermaßen geregelte *Kooperation und Kommunikation* zu sichern. Wir können gesamte technische Welten aufzubauen, ohne aber, wie die staatsbildenden Bienen, von denen sich schon *Aristoteles* mit seiner Vernunftidee absetzte, in starre „tierische“ Verhaltensprogramme verfallen zu müssen. Das seltsame nachträgliche Strafen gehört offenbar auch dazu. Es wird von einem Strafbedürfnis gestützt, das nach *Ausgleich* von angemessener Macht über fremde Güter ruft. Abmildert wird der strenge Ausgleich durch empathische *Solidarität*. „Freiheit, Gleichheit und Solidarität“ bestimmen also auch unser deutsches Strafrecht. Die vor allem deutsche Idee von der Menschenwürde überhöht diesen Dreiklang noch einmal und betont unter anderem die Autonomie eines jeden Einzelnen.

Die Idee des Strafens ist also zumindest aus der Sicht der deutschen, und wohl auch aus der Sicht aller westlichen Rechtssysteme, als *absolut* gesetzt zu betrachten. Nur ihre vernünftige Begründung bereitet uns so große Mühe. Denn daraus, dass Strafe und ihr Recht existent „ist“, folgt nicht, dass sie auch wirklich vernünftig ist.

*Konsens auch über die Standardkritik.* Die *Einwände* gegen die sogenannte Vereinigungstheorie sind ebenfalls bekannt. Viele Autoren haben sie schon aufgelistet<sup>223</sup>. Deshalb ist schon im Vorwege davon auszugehen,

- dass die nachfolgenden Einwände selbst bereits *immanente Bestandteile* der herrschenden Meinung bilden. Jene wiederum weiß um die Angreifbarkeit ihrer Begründung der Strafe. Sie rückt aber offenbar mangels deutlich besserer Alternativen nicht von ihr ab.

*Haupteinwand: Widersprüchlichkeit der drei Begründungsstränge.* Gegen die sogenannte Vereinigungstheorie *insgesamt* ist aus objektivistischer und

---

<sup>223</sup> Ein Überblick aus rechtsphilosophischer Sicht: Küpper, Grenzen, 1990, 54 ff, als Überblick in essayistischem Stil: Lüderssen, Wege, 1998, 25 ff., 32 ff.

deduktiv-rationaler Sicht einzuwenden, dass sie aus verschiedenen Ansätzen besteht, die einander *widersprechen*.

Es handele sich nicht um eine einzelne Theorie, sondern um eine pragmatische oder postmoderne Gemengelage dreier theoretischer Ansätze mit zum Teil gegensätzlichen Folgerungen. Es bestehe die sogenannte *Antinomie der Strafzwecke*.

Aus kritischer wissenschaftstheoretischer Sicht lautet der Einwand also: Die Vereinigungstheorie erfüllt nicht die Voraussetzung der Widerspruchsfreiheit. Zu verlangen wäre zumindest, dass im Kollisionsfalle einer Begründung der Vorrang einzuräumen ist.

Dieses wissenschaftstheoretische Problem von Letztbegründungen stellt sich bereits bei dem ersten zu behandelnden, dem theoretischen Haupteinwand. Er lautet, die drei Arten der Strafbegründungen seien in sich widersprüchlich und führten zu gegenläufigen Ergebnissen.

Wird der Antinomie-Vorwurf, die Widersprüchlichkeit der drei Strafnormbegründungen, akzeptiert, so bleiben nur zwei Auswege. Es wird entweder dessen Gewicht bagatellisiert oder offen und offensiv der an sich logische Ausweg beschritten, den Verzicht auf theoretische Reinheit zur Lösung sozialer Problem einzufordern

Die Kritik wird so auf die praktische Vernunft in Form des common sense verwiesen. Damit aber regiert am Ende der ganzheitliche *Pragmatismus* die entscheidende Frage, weshalb Menschen gefangen gehalten werden dürfen. Der ungewollte menschenrechtliche Preis für die geistige Bequemlichkeit, die er bietet, besteht in dem Umstand, dass mit seiner Anerkennung unbemerkt staatlicher Willkür das Tor geöffnet ist. Wer die Beschäftigung mit den guten Gründen für das Strafen verweigert oder zu früh abbricht, lässt Raum für niedere Motive.

Zwar spricht die Tradition der dreifaltigen Vereinigungstheorie zur Lösung einer alten Frage, die das gesamte soziale Leben eines Mitmenschen zum Gegenstand hat, für sich und im theoretischen Notstand notfalls auch für den Pragmatismus. Er sollte in diesem Falle aber offen eingeräumt und nicht nur schweigend praktiziert werden. Die bekannten Brüche der Begründungen des Strafens sind, soweit sie nicht doch aufgelöst werden können, in der Demokratie auch von den Strafenden *auszuhalten*.

*Standartbeispiele für die Widersprüchlichkeit.* Die typischen Beispiele für die Widersprüchlichkeit lauten:

(1) *Exemplarische Härte bei Massenkriminalität.* Bei *Massenkriminalität* bietet es sich an, sie mit harten generalpräventiven Maßnahmen zu bekämpfen. Sachbeschädigungen bei Demonstrationen könnte der strafende Staat mit dem Argument der positiven und der negativen *Generalprävention*, zur Erhaltung der Rechtstreue und zur Abschreckung der Übrigen, sehr streng ahnden und auch zum Beispiel bei leichten Drogendelikten *schwerste* Strafen verhängen. Solche Strafen aber widersprechen dem *Schuldprinzip*, das eine am verschuldeten Unrecht zu bemessende Strafe verlangt. Ihm zufolge sind leichte Delikte nur mit leichten Strafen, derzeit also mit Geldstrafen zu ahnden. Anders gewendet ist der Eingriff in die Freiheit des Täters unverhältnismäßig gewichtiger als dessen Normbruch.

Außerdem stehen hohe Freiheitsstrafen für Ersttäter im Gegensatz zu *spezialpräventiven* Forderungen. Für jeden Ersttäter oder Jungerwachsenen birgt die vollstreckte Freiheitsstrafe die Gefahr der kriminellen Infizierung. Zumindest würde der Strafvollzug sie ohne Not aus ihren sozialen Bindungen herausreißen. Sie müssten sich der Gefängniskultur unterwerfen, die sie weiter entwurzeln würde.

(2) *Einmaliger Konflikt.* Aus *spezialpräventiver* Sicht erscheint es unnötig und schädlich, gegen einen *Konflikt-Mörder* eine längerfristige Freiheitsstrafe zu verhängen und zu vollstrecken. Befreit sich zum Beispiel der Sohn durch eine Gewalttat von einem Vater, der ihn und seine Mutter seit Jahren tyrannisiert, so spricht viel dafür, dass er nicht wieder in ähnlicher Weise mit dem Gesetz in Konflikt geraten wird.

(3) *Integrierte Auschwitztäter.* Entsprechendes gilt auch für einen seit Jahren voll integrierten *Auschwitz-Täter* (oder DDR-Mauerschützen). Mit dem Zusammenbruch des nationalsozialistischen Regimes und seiner vollen Integration in die Gemeinschaft sowie auch wegen seines hohen Alters ist zu erwarten, dass er nicht wieder in ähnlicher Weise mit dem Gesetz in Konflikt treten wird. Trotzdem nötigt das Prinzip des *Tatschuldausgleichs* jeweils zur Verhängung einer längerfristigen Freiheitsstrafe<sup>224</sup>.

Dahinter steht zudem ein janusköpfiges Menschenbild. Die Strafe zu Präventionszwecken sieht den Menschen entweder als tatgeneigt, labil und

---

<sup>224</sup> Vgl. Kaufmann, Arthur, Betrachtungen, Jura 1986, 225 ff., 231; Kaufmann, Arthur, Strafe, 1986, 425 ff., 429 ff.; Bruns, Reflexionen, 1988, 34; Müller-Dietz, Integrationsprävention, 1985, 813 ff., 826 f.; Schreiber, Strafkonzptionen, ZStW 94 (1982), 279 ff., 291; sowie Achenbach, Zurechnung, 1984, 135 ff., 144 f.

durch Strafe beeinflussbar an<sup>225</sup> oder unterstellt, er neige emotional aufgeladen zur blinden Selbstjustiz. In beiden Fälle erscheint er *determiniert*. Das Verantwortungsprinzip begreift ihn hingegen als autonomen (und als souveränen Herrn<sup>226</sup>) seiner Entscheidungen. Er gilt als *indeterminiert*. Allein auf dieser Annahme beruht die Schuldstrafe. Deshalb müsste folgerichtig jede erhebliche Sozialschwäche in Anlehnung an § 21 StGB zu einer erheblichen Verringerung der Schuldstrafe führen. Andererseits müssten die sozialtherapeutischen Angebote nach der Maxime Sozialrecht statt Strafrecht erweitert werden. Staatsbürgerliche und sozialpädagogische Schulungen der Bevölkerung müssten zudem im Verein mit psychologischen Übungen zur Dämpfung der Provozierbarkeit eingeführt werden, um jedenfalls anstelle von vollstreckter Freiheitsstrafe die Rechtstreue der Bürger zu gewährleisten.

*Rechtspraxis.* Der nochmalige Blick ins *Gesetz* zeigt, dass auch der Gesetzgeber weder die Widersprüchlichkeit auflösen kann oder auch nur will, er sich vielmehr der einzelnen Elemente zum Teil losgelöst voneinander und nacheinander, gleichsam nach Bedarf bedient.

(1) Freiheitsstrafen bis zu zwei Jahren hat der Richter in einem ersten Akt gemäß den Grundsätzen der Strafzumessung nach Monaten oder Wochen und Monaten zu bestimmen. Er hat also dazu deren Grundlage, die unrechtsbezogene *Schuld* des Täters, vorrangig zu beachten (§ 46 StGB). *Anschließend* erst darf er, jedenfalls von Gesetzes wegen, prüfen, ob er die Strafe nicht zur Bewährung auszusetzen hat (§ 56 StGB). Für diesen zweiten Akt ist die günstige Sozialprognose, also die *individualpräventive* Sicht und nicht die Tatschuld maßgebend.<sup>227</sup> Hat das Gericht die Strafe zur Bewährung ausgesetzt, so ist sie kaum noch mit einer entsprechenden zu vollstreckenden Freiheitsstrafe vergleichbar, etwa einer, die ein Mittäter erhält.<sup>228</sup>

Ein Vorschlag des Rechtsausschusses des deutschen Bundestages, auch Freiheitsstrafen bis zu drei Jahren zur Bewährung aussetzbar zu machen, fand keine Mehrheit. Eine weitergehende Ausdehnung der Strafaussetzung zur Bewährung drohe den Abschreckungseffekt aufzuweichen. Strafdrohungen würden bei Täter und Öffentlichkeit nicht mehr ernst genommen. Bei der heutigen Praxis der Verurteilungen sei bei einer Freiheitsstrafe von mehr als zwei Jahren davon auszugehen, dass eine recht gewichtige Tat vorliegt<sup>229</sup>. Kurz: Die Erhaltung der Rechtstreue nötige zur zu vollstreckenden Freiheitsstrafe.

---

<sup>225</sup> Zur entsprechende Kritik insbesondere der Generalprävention siehe zunächst Mayer, H., Kant, 1969, 54 ff., 64 f.

<sup>226</sup> Mit Sinn, Freistellung, 2007, ist die Autonomie mit der Macht zu verbinden, § 29 ("Strafrechtliches Unrecht als Machtmissbrauch"). Ohnehin ist die Täterschaft auch eng mit der Tatherrschaft verknüpft.

<sup>227</sup> Die revisionsrechtliche Rechtsprechung jedenfalls hält an dieser Reihenfolge –erst über die Schuldstrafe und dann über eine etwaige Strafaussetzung zu entscheiden- fest; vgl. statt vieler Lackner/ Kühl, Strafgesetzbuch, 2014, § 56, Rn 2; BGH 29, 319; NStZ 1988, 309.

<sup>228</sup> Vgl. BGH StV 1986, 529, NStZ 1987, 21, StV 1993, 243.

<sup>229</sup> Siehe dazu Änderungen im Sanktionensystem. Empfehlungen des Bundestages - "Arnoldshainer Thesen", DRiZ 1989, 393; vgl. Montenbruck, Zeit, 1996, 649 ff., 668 ff.; Hirsch, H. J., Bilanz, 1986, 133 ff., 137; Dölling, Strafaussetzung, NJW 1987, 1041 ff., 1042. Zudem weist Walter darauf hin, dass bei einer Erweiterung der Aussetzungsmöglichkeit der Gerichte die Gefahr bestünde, dass dann wegen Widerrufs ohnehin vermehrt längere Strafen zu verbüßen seien (Walter, M., Angebote, 1987, 256 ff., 276 f.).

Die fachwissenschaftlich gestützte Begründung für den Vorschlag zur gemäßigten Ausdehnung des Instituts der Strafaussetzung zur Bewährung lautet, auch bei erhöhtem Unrecht einer Einzeltat sei nicht mit einer größeren Rückfallwahrscheinlichkeit zu rechnen. Lediglich bei der Aussetzung langjähriger Freiheitsstrafen ergebe sich das Problem, dass dies der Erhaltung der Rechtstreue der Allgemeinheit entgegenwirken könne<sup>230</sup>. Was der Gedanke der Individualprävention nahelegt, hemmt die Idee der Generalprävention. Bei schwereren Delikten überwiegen offenbar die Generalprävention und der Gedanke des Tatschuldausgleichs.

(2) Der Gesetzgeber hat zudem für die Fälle erheblich verminderter Schuldfähigkeit die Möglichkeit geschaffen, die Strafe entsprechend zu senken (§§ 21, 49 StGB). Damit folgt er dem Schuldprinzip, verminderte Schuld muss zu einer geringen Schuldstrafe führen. Zugleich aber eröffnet er dem Strafrichter den Weg, in Fällen, in denen der vermindert schulfähige Täter gemeingefährlich ist, zusätzlich zur Strafe die Unterbringung in einer Anstalt anzuordnen, also auf die rein individualpräventiv ausgerichtete Form des Freiheitsentzuges zu erkennen (§ 63 StGB). Insofern dient dieses individualpräventive Institut als eine Art von Auffangnorm. Aber es dient nicht der Entlastung des Verurteilten, weil auf die Schuldstrafe zu verzichten ist; im Gegenteil: Den gemeingefährlichen Straftäter wird die Tatschuldstrafe mit ihrer Art des Vollzuges in der Regel weit weniger belasten als der Freiheitsentzug in einer geschlossenen Heilanstalt; denn sein Aufenthalt dort ist fremdbestimmt und mit dem zusätzlichen Makel der Geisteskrankheit verbunden.

(3) Außerdem bemüht der Gesetzgeber mehrfach den Gedanken der "Verteidigung der Rechtsordnung", also ein generalpräventives Element<sup>231</sup>, um anstelle einer an sich zu verhängenden Geld- auf Freiheitsstrafe erkennen zu lassen (§ 47 I StGB), beziehungsweise die an sich aufgrund günstiger Sozialprognose gebotene Strafaussetzung zur Bewährung ausnahmsweise einmal auszuschließen (vgl. § 56 III StGB).

(4) Ferner sind die Fälle der *Sicherungsverwahrung* gemäß § 66 StGB zu nennen, in denen der Staat den Verurteilten nach der Verbüßung der verhängten schuldangemessenen Freiheitsstrafe aus individualpräventiven Erwägungen weiter in Haft hält. In diesem Falle dominiert das Sicherheitsinteresse das Prinzip des Tatschuldausgleichs.

(5) Schließlich, und in der Literatur wenig beachtet, ist das Gericht gehalten, die erlittene *Untersuchungshaft* mit der an sich verwirkten Freiheits- oder Geldstrafe gemäß § 51 StGB zu verrechnen (bei letzterer nach der Zahl der verhängten Tagessätze). Mit diesem evidenten, aber kaum begründbaren Gebot existiert neben den entsprechenden Maßregeln im Falle der Verurteilung rückwirkend eine dritte, weil fingierte, ursprünglich prozessuale Spur des strafweisen Freiheitsentzuges.

*Gegenargumente gegen die Widersprüchlichkeit.* Die theoretische Durchschlagskraft des Antinomie-Einwandes versucht *Frisch*<sup>232</sup> mit dem Hinweis zu entkräften, man würde das Problem der Widersprüchlichkeit

---

<sup>230</sup> So etwa Maurach/ Gössel/ Zipf, Strafrecht AT, Bd. 2, 1989, 642 f; Roxin, Entwicklung, JA 1980, 545 ff., 550 f.; Schall, Suche, 1990, 339 ff., 346; Dünkel, Strafaussetzung, ZStW 95 (1983), 1039 ff., 1072.

Dazu, dass keine größere Rückfallwahrscheinlichkeit bei schwereren Taten zu erwarten sei, siehe außer Roxin, Entwicklung, JA 1980, 545 ff., 551; auch Eisenberg, Kriminologie, 2005, § 37, Rn 42; zusammenfassend Zieschang, Sanktionensystem, 1992, 448 ff.; ders., 451, u. Hinw. darauf, dass die Strafaussetzung zur Bewährung in Frankreich zwar keiner rechtlichen Begrenzung unterliege, der Hauptanwendungsbereich dort aber Freiheitsstrafen unter einem Jahr betreffe.

<sup>231</sup> Küpper, Grenzen, 1990, 57

<sup>232</sup> Frisch, Strafzumessungsdogmatik, ZStW 99 (1987), 349 ff., 364 f.

vermutlich überschätzen. Über die spezial- oder generalpräventive Wirkung der Strafe sei zu wenig bekannt. Gesicherte langfristige Prognosen seien kaum zuverlässig zu stellen<sup>233</sup>.

Damit jedoch stellt er sich zumindest gegen die Annahmen des Gesetzgebers. Gesetzgeber und auch *Bundesverfassungsgericht* setzen auf General- und Spezialprävention. Deshalb sind die präventiven Gründe in der sozialen Wirklichkeit für die Strafe und ihren Vollzug zumindest im gesetzten Recht von erheblicher Bedeutung. Aus *Frisch's* Überlegungen würde im Übrigen folgen, auf präventive Erwägungen weitgehend zu verzichten, sich also auf den Tatschuldausgleich zu beschränken und auf die Strafaussetzung zur Bewährung ebenso wie auf die bedingte Entlassung zu verzichten.

*Köhler* meint zum Beispiel, das Merkmal der Verteidigung der Rechtsordnung enthalte letztlich Gesichtspunkte, die die *Schuldschwere* betreffen. So verbiete auch und gerade die Schuldschwere es, die lebenslange Freiheitsstrafe (insbesondere für Mord) bereits nach 15 Jahren zur Bewährung auszusetzen (§ 57 a StGB). Wer also zum Beispiel die Strafaussetzung zur Bewährung mit dem Hinweis auf die Verteidigung der Rechtsordnung versage (§ 56 III StGB), würde Schuldgesichtspunkte und nicht generalpräventive Erwägungen ins Feld führen<sup>234</sup>.

Für *Köhler* fließen insoweit generalpräventive und schuldbezogene Erwägungen zusammen. Dafür spricht einiges. Denn wer meint, es bedürfe zur Erhaltung der Rechtstreue der Allgemeinheit der Durchsetzung des Tatschuldprinzips (also Generalprävention und Schuldausgleich verknüpft), sieht zwischen Tatschuldausgleich und Generalprävention keine Widersprüche.

Aber auch bei dieser Zusammenführung verbleibt das Problem, den Verbund von Generalprävention und Schuldausgleich nicht mit den Erfordernissen der Individualprävention, wie etwa der bedingten Entlassung nach zwei Dritteln der verbüßten Strafe gemäß § 57 StGB, vereinbaren zu können.

Zudem ist zu bezweifeln, dass das Strafrecht ausnahmslos dadurch die Rechtstreue der Allgemeinheit zu erhalten sucht, dass es Tatschuldausgleich vollzieht. Die Rechtstreue wird zum Beispiel auch durch Untersuchungshaft gestärkt, die beim Verdacht schwerster Straftaten angeordnet wird (vgl. § 112 III StPO). Der Gesetzgeber, der den Drogenhandel, zum Beispiel das Einführen größerer Mengen illegaler Betäubungsmittel, mit hohen Strafen belegt (vgl. §§ 29, 30

---

<sup>233</sup> Frisch, Strafzumessungsdogmatik, ZStW 99 (1987), 349 ff., 366.

<sup>234</sup> Köhler, Strafrechtsbegründung, 1983, 60 f. Auch der BGH will diesen Begriff nicht nur im Sinne spezieller Generalprävention verstehen, BGH 24, 40, 43 ff.

BtMG), kommt im Übrigen auch in Erklärungsnot. Er muss insbesondere erläutern, gegen welches so außerordentlich wichtige Rechtsgut der Drogenhandel verstößt. Formulierungen wie, die „Volks Gesundheit“ sei gefährdet<sup>235</sup>, befriedigen nicht.

*Forderung nach Einheitslehre.* Küpper mahnt eine Begründung dafür an, dass das Strafrecht überhaupt auf einem einzigen Strafzweck beruhen müsse. Es sei auch daran zu denken, die Strafbarkeit bestimmter *Täter- und Tatgruppen* auf jeweils spezielle Strafzwecke zu stützen.<sup>236</sup>

Darauf ist in verschiedener Weise zu antworten. Zunächst einmal wäre es schon ein Fortschritt, wenn überhaupt eine Begründung aufzuzeigen wäre, die ohne gewichtige Gegenargumente bestehen könnte und deshalb für sich allein tragfähig wäre. Deshalb liegt in der Bündelung von drei schwachen Begründungssträngen auch ein pragmatisches Element. Zudem nötigt die *Einheitlichkeit der Rechtsfolgen* des Strafrechts, allgemein als Rechtsnachteile gemäß Art 5 EGStGB definiert oder über den strafgesetzlichen Verbund von Freiheits- und in sie umrechenbare Geldstrafe, dazu, sie gemeinsam, und zwar zudem im Hinblick auf die verbrieften Grund- und Verfassungsrechte zu rechtfertigen.

Die Diversion der Strafe findet dennoch statt: über Normalvollzug, Lockerung und Bewährung, über Auflagen und Weisungen, die Einrechnung von Nebenfolgen und Nebenstrafen, die gemeinnützige Strafe (gemäß § 293 EGGVG) und den Täter-Opfer-Ausgleich. Die Maßregeln der Besserung und Sicherung, die ihrerseits zum Teil anrechenbar sind, bilden ohnehin eine Sondergruppe der Strafrechtsfolgen.

Besonders wichtig ist zwar zudem unter Schuldgesichtspunkten die Fallgruppe der erhöhten Strafe für *hartnäckige Wiederholungs- und Karrieretäter*. Aber im Vordergrund steht die Rechtfertigung der vollstreckten Freiheitsstrafe, die für eine schwere Einzeltat, in der Regel eine *Gewalttat* verhängt wird. Auf Gewalt wird in diesen Fällen erkennbar mit Gegengewalt geantwortet. Diese scheinbar einfache Fallgestaltung bildet den *Modellfall*.

*Fazit:* Es gibt offenbar das Dogma und Evidenz der Notwendigkeit zu Strafen und ebenso die vorherrschende Ansicht, dass die drei Strafbegründungen nicht vollends vereinbar sind. Die Vereinigungstheorie erfüllt demzufolge also eigentlich nicht die Voraussetzung der Widerspruchsfreiheit. die eine gute

---

<sup>235</sup> Zur entsprechenden Begründung vgl. Körner / Patzak / Volkmer, BtMG, 2016, § 1, Rn 6, § 29, Rn 141.

<sup>236</sup> Küpper, Grenzen, 1990, 59.



Theorie auszeichnet. Auch die Alternative dann für verschiedene Deliktgruppen einzelne Lehren anzubieten, überzeugt nicht recht. Denn die Rechtsfolge Strafe sieht das auch sogenannte Strafgesetzbuch gleichermaßen für alle Delikte vor. Allerdings liegt es nahe, sich einen Kernbereich herauszuschälen. Zu blicken ist vorrangig auf die *vollstreckte Freiheitsstrafe* wegen *schwerer Gewaltdelikte* und auf die die *hartnäckigen Wiederholungstäter* bei den sonstigen Delikten.

## **II. Trennung von Strafgrund und Strafzweck, von Rechtfertigung, Wesen und Zweck der Strafe**

Es gibt zudem kluge Versuche, das Antinomie-Problem durch andere Unterscheidungen zumindest abzuschwächen.

Methodisch ist auch dies ein naheliegender Weg.

Um die Bruchlinien zwischen Generalprävention, Individualprävention und Schuldausgleich zu glätten, wird in der Literatur insbesondere angeregt, deutlich zwischen dem *Grund* des Strafens und den verfolgten *Zwecken* zu trennen. Die Vorschläge variieren:

So erklären *Hassemer / Neumann* etwa, der Streit zwischen den absoluten und relativen Straftheorien hänge zwar auch, aber nicht nur mit dem jeweiligen politischen Kontext zusammen. Der politische Zeitgeist beeinflusst in der Tat zumindest die Gewichtung innerhalb der Vereinigungstheorie. Aber die Unterschiede ergäben sich auch daraus, dass „sich die unterschiedlichen Antworten auf unterschiedliche Fragen beziehen“.<sup>237</sup> Auf „Strafe“ antworte man meist „Wofür?“ und nicht in erster Linie „Wozu?“ Denn Strafe sei für uns in erste Linie „Retribution“ und die „Sprachregeln... spiegeln die Strukturen der sozialen Institutionen“.

Dem ist zwar zuzustimmen, aber die Straftheorie fragt anders, nicht nach der Strafe, sondern nach den *guten Gründen* für die Strafe. Sie will die Strafe rechtfertigen. Es geht also um die bekannte Gemengelage der Idee, die *Hassemer/ Neumann* selbst sofort anschließend anführen. Die „Legitimation“, „Sinn und Zweck der Strafe“ oder auch um „latente Funktionen“ sind aus der Sicht der Gesellschaft zu betrachten oder, wie aus individualistischer Sicht anzufügen ist, auch für die Opfer und ihre Nächsten sowie für die Täter und ihre Nächsten relevant. Der Zeitgeist nimmt vor allem auf die *gesellschaftliche* Sicht Einfluss, aber die Verluste der Opfer bleiben im Kern real.

---

<sup>237</sup> Hassemer / Neumann, NK StGB, 2017, Vor § 1 Rn 102 f.

Das methodische Dilemma liegt darin, dass man in einer Diskussion zunächst immer offen ist und auch weiterhin sein muss und dass sich die richtigen Fragen und die Antworten erst im Lauf der Zeit herauschälen, sie dann aber immer wieder hinterfragt werden dürfen und müssen.

Zudem haben wir im deutschen Recht einen erprobten *Auslegungskanon* und damit unterschiedliche Arten von guten Gründen entwickelt, der aber zum Schluss eine *Gesamtabwägung* verlangt. *Alle* Sichtweisen zählen also, wenngleich sie unterschiedlich zu gewichten sind. Eine solche systemische *Gesamtabwägung* erzwingt, rückwärts gelesen und abstrahiert, immer einer Art von bunter *Vereinigungslehre*.

*Trennung von Strafzweck und Strafgrund.* Einige Autoren erklären<sup>238</sup>, die Vertreter der klassischen Schule, der Gerechtigkeits- und Vergeltungstheorie, und die Vertreter der modernen Schule, der Prävention, hätten aneinander vorbeigeredet. Die Klassiker fragten nur nach dem *Rechtsgrund*, also der Legitimation staatlichen Strafens. Sie meinten irrigerweise, damit auch den durch die Strafe verfolgten Zweck zu erfassen. Hingegen hätten die Modernen zwar die „*Realzwecke*“ in den Blick genommen, aber eine Rechtfertigung der Strafe lieferten sie nicht.

*Dreifaltige Trennung.* Jescheck<sup>239</sup> regt an, methodisch zwischen *Rechtfertigung*, *Wesen* und *Sinn* (oder „*Zweck*“) der Strafe zu unterscheiden.

Die *Rechtfertigung* der Strafe liege allein darin, dass sie zur „Aufrechterhaltung der Rechtsordnung, als einer Grundbedingung für das Zusammenleben der Menschen in der Gemeinschaft, notwendig“ sei<sup>240</sup>. Ohne sie würde die Strafgewalt sich selbst aufgeben (*staatspolitische* Rechtfertigung). Ohne sie entstünden Lynchjustiz und Privatstrafe. Deshalb habe die Gemeinschaft ein Bedürfnis nach Strafe (*sozialpsychologische* Rechtfertigung). Da das Bedürfnis, sich „durch Sühneleistung von der Schuld zu befreien, (...) eine fundamentale Erfahrung des Menschen als eines sittlichen Wesens“ sei, müsse der Staat zumindest die Möglichkeit hierfür eröffnen (*individualethische* Rechtfertigung der Strafe).

---

<sup>238</sup> Otto, Grundkurs, 1996, 15, u. Hinw. auf Gallas, Stand, ZStW 67 (1955), 1 ff.; Müller-Dietz, Strafbegriff, 1986, 109 ff; Geerds, Einzelner, 1969, 16.

<sup>239</sup> Jescheck/ Weigend, Strafrecht AT, 1996, 66.

<sup>240</sup> Unter Hinweis auf Schmidhäuser, Sinn, 1971, 74 ff.; Maurach, Wesen, 1960, 26 ff.; Lenckner, Strafe, 1972, 3 ff., 21.

Das *Wesen* der Strafe liege in dem "öffentlichen, sozialetischen Unwerturteil über den Täter wegen der von ihm schuldhaft begangenen Rechtsverletzung"<sup>241</sup>. Sie finde ihren Ausdruck darin, dass sie den Schuldigen in seiner Rechtsstellung als ein Übel treffe, seine Freiheit, Vermögen, Freizeit, soziales Ansehen beeinträchtige.

Der Sinn der Strafe, den *Jescheck* als „Zweck“ des Bestrafungsaktes verstanden wissen will, entspringe dem Grundgedanken der Vergeltung (in Verbindung mit dem Schuldprinzip) und dem der Vorbeugung (sowohl als positive, als auch als negative Generalprävention) sowie der Spezial- oder Individualprävention. Zu einer Einheit verbunden bedeute dies *Generalprävention durch Schuldausgleich in möglichst humaner Form*.

*Vergangenheit und Zukunft*. *Jescheck*<sup>242</sup> trennt zudem unter Hinweis auf *Grotius*<sup>243</sup> deshalb klarer die zwei Grundgedanken, aus denen seit jeher der Sinn der Strafe entwickelt wird: *Vergeltung* und *Vorbeugung*. Blicke man auf die *Vergangenheit*, wolle man durch die gewollte Zufügung des mit ihr verbundenen Übels einen Ausgleich der geschehenen Rechtsverletzung herbeiführen<sup>244</sup>. Blicke man in die *Zukunft*, wolle man auf den Täter und die Allgemeinheit zum Zwecke der Verhütung einwirken. Die Strafe sei dann nur ein notwendiges Übel<sup>245</sup>.

Allerdings differenziert auch er. Anknüpfungspunkt für die Vergeltung sei die Tatschuld. Die Vorbeugung sei an die Gefährlichkeit des Täters gebunden. Sie sei sogar, so fügt *Jescheck* hinzu, "in einem weiteren Sinne (an) die in jedem Menschen angelegte Bereitschaft zur Begehung strafbarer Handlungen" geknüpft. Doch ließen sich Vorbeugung und Vergeltung miteinander verbinden<sup>246</sup> und, wie anzufügen ist, sie werden deshalb auch miteinander verknüpft: Strafe wird zum Schutz der Gesellschaft vor künftigen Verbrechen angedroht und ausgesprochen, dies aber so, dass sie dem Ausgleich der Schuld wegen der begangenen Verbrechen diene, also „Generalprävention durch Schuldausgleich“.

*Jescheck* betont zudem eine weitere wichtige Erkenntnis. Vergangenheit und Zukunft sind über die Gegenwart (des Urteils) miteinander verknüpft. Ohne die

---

<sup>241</sup> Jescheck/ Weigend, Strafrecht A, 1996T, 65, u. Hinw. auf Graßberger, Versuch, ÖZföR 1956, 281 ff., 285; Kaufmann, Armin, Aufgabe, 1983, 263 ff., 265; Henkel, Strafe, 1969, 7; Noll, Begründung, 1962, 17.

<sup>242</sup> Jescheck/ Weigend, Strafrecht AT, 1996, 66 f.

<sup>243</sup> Grotius, De Jure, 1631/1950, Cap. XX, § 1, 1: "Malum passionis propter malum actionis".

<sup>244</sup> Grotius, De Jure, 1631/1950, § 4, 1.

<sup>245</sup> Zu den strafrechtlichen Erwägungen von Grotius siehe Simson, Grotius, 1985, 651 ff.

<sup>246</sup> Jescheck/ Weigend, Strafrecht AT, 1996, 69

Erfahrungen, die Menschen in der Vergangenheit erwerben, ist ihr Blick in die Zukunft ergebnislos. Vorhersagen wären unmöglich. Auch wäre zu fragen, weshalb wir heute die Schuld von gestern verarbeiten sollten. Weshalb sollten wir uns überhaupt an Vergangenes erinnern? Zu leben ist auch ein zeitlicher Prozess.

*Jeschecks Unterscheidung zwischen Rechtfertigung, Wesen (im Sinne von Art) und Sinn (verstanden als „Zweck“) der Strafe erleichtert es zwar, den Streit um Sinn und Zweck des Strafens zu strukturieren. Dennoch bleibt die Schwierigkeit, dass es verschiedene Zwecke gibt, die zu unterschiedlichen Anforderungen an die Strafe führen (müssen). Zudem ist und bleibt das Wesen (die Art) des Strafens vom Zweck abhängig. Allein aus dem Blickwinkel der Resozialisierung betrachtet, kann es zum Beispiel von Nachteil sein, ein sozialetisches Unwerturteil über den Täter abzugeben, ihn also mit einem desozialisierenden Makel zu belegen. Auch das Ergebnis der Rechtfertigung muss sich auf die Zwecke auswirken und ebenfalls auf die Art des Strafens. Bei der „sozialpsychologischen Rechtfertigung“ schimmert die Forderung nach der Erhaltung der Rechtstreue (positive Generalprävention), bei der sozialetischen Rechtfertigung das Prinzip des Schuldausgleichs durch. Die staatspolitische Rechtfertigung wiederum führt direkt zur Einschränkung der Rechtsstellung des Betroffenen. Utilitaristische Gemeinwohlforderungen und die Begrenzung durch den Satz von der Strafe als ultima ratio sind die Folge. Wer schließlich den Ausgleich zwischen Täter und Opfer fördern möchte, wird überlegen, inwieweit er auf staatliche Strafe verzichten, also das staatliche Gewaltmonopol lockern und etwa auf Wiedergutmachung im Sinne der alten Buße abstellen kann.*

*Vierfaltige Gründe nach Gössel. Gössel<sup>247</sup> will zunächst unter Hinweis auf Schopenhauer<sup>248</sup> in ähnlicher Weise zwischen dem Real- und Erkenntnisgrund, dem Final- oder Zweckgrund und dem Sollens- und Rechtsgrund<sup>249</sup> unterscheiden:*

*Als Realgrund sei die wirklich<sup>250</sup> existierende Straftat zu sehen, letztlich aber auch die künftige Gefährlichkeit des Täters, denn die entsprechende Prognose beruhe auf realen Tatsachen.*

*Der Erkenntnisgrund<sup>251</sup> befinde sich im Reich der Begriffe. Er sei ein Satz, durch den ein anderer erkannt werde, ein logischer Schluss. Auch Sanktionen hätten diese Qualität. Sie seien Folgen eines Realgrundes (Straftat oder Gefährlichkeit).*

---

<sup>247</sup> Gössel, Wesen, 1988, 3 ff.; siehe auch Schild, Ende, ARSP 70 (1984), 71 ff., 72.

<sup>248</sup> Schopenhauer, Wurzel, 1891, 8. Kap., § 49; zum Realgrund verweist Gössel auf die entsprechenden Überlegungen von Hartmann, Möglichkeit, 1966, 37.

<sup>249</sup> Zudem verweist Gössel auf dieselbe Differenzierung bei Laun, Satz, 1956; sowie Spindel, Grundfragen, 1957, 39 ff., der sie auch zur Bestimmung der Stufen der Strafzumessung nutzt (vgl. dazu Montenbruck, Abwägung, 1989, 19 f.), eine Differenzierung, die auch Eingang in das Lehrbuch von, Strafzumessungsrecht, 1974, 52 f., gefunden hat.

<sup>250</sup> Gössel, Wesen, 1988, 3 ff., 8 f.

Der *Rechtsgrund* sei die Legitimation des Staates zu strafen (im Groben zur Aufrechterhaltung der staatlichen Ordnung und damit seiner Existenz)<sup>252</sup>.

Der *Final- oder Zweckgrund* sei auf das Ziel ausgerichtet, das mit der Strafe erreicht werden solle. Gemeint sind offenbar die präventiven Straftheorien. Dieser Grund werde häufig mit dem „Wesen der Strafe“ vermengt.

Gössel bietet einerseits mit Blick auf die Sanktionen eine *modifizierte Vereinigungstheorie* an<sup>253</sup> und vertritt andererseits die Überzeugung, der Streit der Straftheorien sei mit Hilfe des Satzes vom Grunde zu schlichten<sup>254</sup>: Vergeltung sei das „Wesen“ strafrechtlicher Sanktionen, denn diese seien Folge der Tat und der auf Tatsachen gegründeten Gefährlichkeit. Zwecke dagegen seien die bekannten: Resozialisierung, sühnende, selbstverantwortliche Übernahme der Schuld, Einwirkung auf die Allgemeinheit. Danach allerdings müsste die Vergeltung in etwa gleicher Weise also zum Freiheitsentzug führen, wie sie zur Resozialisierung, eigenverantwortlichen Sühne und zur Einwirkung auf die Allgemeinheit erforderlich ist. Zudem führt das Doppelwesen der Strafe als Folge von Tat und Gefährlichkeit in die Zweispurigkeit von vergeltender Strafe und der Sanktion der Maßregel. Auch der Oberbegriff des Freiheitsentzuges kann bekanntlich nicht, nicht einmal für die jeweils angemessene Dauer, das Problem der unterschiedlichen Anforderungen entschärfen.

Gössel meint hingegen, eine Antinomie der Strafzwecke bestehe somit nur noch innerhalb der Art der Prävention: durch Sicherung oder durch Besserung<sup>255</sup>. Über den „sinnvollen Einsatz“ dieser beiden Strafzwecke wolle er nichts Abschließendes sagen<sup>256</sup>.

Zwar bietet es sich an, *begrifflich* zwischen *Grund* und *Zweck* zu trennen. Dies zeigt schon der Umstand, dass wir über diese beiden Begriffe verfügen. Der eine ist auf *Vergangenes* gerichtet, der andere auf die *Zukunft*. Aber wie eng Grund und Zweck miteinander verknüpft sind, zeigt sich daran, dass wer den Grund des Strafens in der begangenen Tat sieht, diesen Grund schon zuvor formuliert haben müsste, schon damit der Täter sich daran ausrichten kann. Das bedeutet aber, dass er den Grund für zukünftiges Verhalten festgelegt hätte. So war der *Grund* einst ein *Zweck*. Entsprechendes gilt für die Zwecke. Wem es um Verhinderung künftiger Straftaten geht, der will den Täter vorrangig strafen, weil er gleichsam als Richter etwas Vergangenes, die Tat, zur Beurteilung vorliegen hat und hieraus Schlüsse für die Zukunft ziehen kann. Auch diesen Zweck müsste er schon vorher formuliert haben, „damit“ die Allgemeinheit sich beruhigt und sich rechtstreu verhält. Insofern ist der Präventionszweck zugleich ein Grund des Strafens.

---

<sup>251</sup> Gössel, Wesen, 1988, 3 ff., 11 f.

<sup>252</sup> Gössel, Wesen, 1988, 3 ff., 13.

<sup>253</sup> Gössel, Wesen, 1988, 3 ff., 22.

<sup>254</sup> Gössel, Wesen, 1988, 3 ff., 25.

<sup>255</sup> Gössel, Wesen, 1988, 3 ff., 23.

<sup>256</sup> Gössel, Wesen, 1988, 3 ff., 24.

Wer den Täter straft, „weil“ er eine Unrechtstat begangen hat, blickt dabei zugleich in die Zukunft und fordert den Täter zu Schuldausgleich, Sühne oder Buße auf, „damit“ er erfahre, was seine Tat wert ist. Gründe und Zwecke wandeln sich auf der Zeitschiene ineinander um, je nachdem, ob der Beobachter in die jeweilige Zukunft oder in die Vergangenheit blickt. Deshalb bereitet es auch so erhebliche Probleme, zu bestimmen, was denn Strafe ist.

Zu bezweifeln ist, dass die methodischen Trennung im Hinblick auf die Erklärung des Strafens die Widersprüchlichkeit aufzulösen hilft. Denn die klare Trennbarkeit unterstellt, müssten die jeweiligen Sichtweisen die konkret ausgesprochene Rechtsfolge, vor allem das einheitliche Übel der Freiheitsentziehung, erklären. Entweder sind die so getrennten Sichtweisen von gleichem Gewicht, dann müssten sie *parallel* gedacht werden. Dann müssten alle die Strafe begründenden Erwägungen idealer Weise zum selben Ziel, der Erklärung von Strafe, führen, anderenfalls wären sie für die Begründung irrelevant. Oder sie ließen sich doch *hierarchisch* ordnen. Dann regierte eine Begründungsart, wie das Schuldausgleichsprinzip als Grund gegenüber den präventiven Strafzwecken (oder umgekehrt). Dann böten die anderen immerhin aber auch nur *komplementäre* (ergänzende) Aspekte.

Die guten Vernunftgründen, die wir suchen, können vielfältig sein, aber sie müssen demselben methodischen Zweck dienen, das offenbar evidente Strafbedürfnis zu rechtfertigen.

Einerseits bildet also die Strafe eine Einheit und diese gilt es zunächst einmal überhaupt zu rechtfertigen. Aber dass mit der Vereinigungstheorie drei Ansätze dazu vonnöten sind, zeigt auch, dass es keine klare einzige Begründung gibt. Sachgerechter als die Blickwinkel zu trennen, um die Antinomie feinsinnig aufzulösen, erscheint Folgendes:

Die Widersprüche sind zunächst zwar einzeln zu betrachten, wie oben geschehen. Aber sie sind als solche eher zu akzeptieren und auszuhalten als in verdrängender Weise weg zu argumentieren.

Dennoch geben die Differenzierungen, etwa die einfache nach Strafzweck und Strafgrund, Hinweise darauf, wie man fragen kann und wie man mit den Fragen zugleich die Antworten begrenzt. Wer nach dem Zweck (Ziel oder Nutzen) des Strafens fragt, der erklärt zugleich, dass das Strafen über den Zweck zu rechtfertigt sein muss. Er begibt sich in die Denkwelten des *Utilitarismus*, des *Ökonomismus* und der *Gesellschaftslehre*.

Wer nach dem objektiven „Sinn“ des Strafens fragt, sucht nach dem Guten und Gerechten, also nach den Selbstzwecken. Er fragt nach dem Wert des Strafens, also nach dem Straf-Rechtsgut, und bleibt darin gefangen

Wer fragt, ob das Strafen nicht von anderen Ideen überwölbt wird, wer den Einzelnen in den Blick nimmt und wer alle Menschen und damit auch den Mörder als würdige Wesen und (Selbst)Subjekte begreift, der muss seine Strafbegründung an dieser Höchstidee ausrichten.

*Erstes Fazit:* Kurz: Grund und Zweck sind jedenfalls für die Folge unaufhebbar miteinander verknüpft.

Wer *umfassend* nach allen -vernünftigen- Antworten sucht, der wird diese Sichtweisen zu bündeln haben. Vor allem Fragen nach gutem „Sinn“ und nützlichem „Zweck“ sind üblicherweise getrennt zu stellen und beantworten - weil es offenbar nicht anders geht.

*Theorie und Praxis.* Sie fließen dann aber in der bunten *Praxis* zusammen, indem sie dort an unterschiedlichen Stellen, also topisch, relevant werden - aber auch erst dort und dann dort nur in ihrer jeweiligen Art.

So existiert neben der Theorie, und dass könnte die Lösung für das Strafrechtssystem sein, auch die Strafpraxis, die des Strafgesetzgebers ebenso wie die der Strafgerichte und des Strafvollzuges Sie alle können versuchen, im konkreten Falle zu einem *angemessenen Ausgleich* kommen. So hat auch das deutsche Strafgesetz vielfältige Möglichkeiten angeboten.

Der deutsche Gesetzgeber hat den Weg der Differenzierung ohnehin schon zum Teil beschritten, indem er *neben* dem Strafrecht das *Maßregelrecht* eingerichtet hat. Außerdem sieht er für alle Strafgefangenen im Vollzug eine präventive Zwischenprüfung gemäß § 57 ff. StGB vor, indem er die bedingte Entlassung nach *zwei Dritteln* eröffnet und von einer guten Sozialprognose abhängig macht und indem das Strafvollzugsrecht der Bundesländer zur Probe zuvor schon Vollzugslockung bis hin zum Freigang in Aussicht stellt.

*Zweites Fazit:* Es bleibt aber die Frage nach der Begründung von Strafe überhaupt, vereinfacht zur Rechtfertigung für die deutsche „Zwei-Drittel“-Strafe.

### III. Trennung nach Gesetz, Urteil und Vollzug; drei Sichtweisen auf die Vereinigungstheorie

*Aufteilung nach drei Phasen: Gesetz, Urteil und Vollzug.* Einem schon älteren Vorschlag zufolge, lassen sich die drei Elemente der Vereinigungstheorie verschiedenen Phasen des Strafens zuordnen.

Die Grundidee lautet:

- (1) Das *Gesetz* habe vorrangig generalpräventive Aufgaben;
- (2) das *Urteil* diene insbesondere dem Schuldausgleich;
- (3) der *Vollzug* ermögliche die Besserung und Sicherung des Täters.

Auf diese Weise läßt sich dann auch das Trilemma der inneren Widersprüchlichkeit der Vereinigungstheorie an sich, je nach Sichtweise zumindest etwas *abschwächen*.

Zumindest handelt es sich um drei verschieden große Positionen (Orte) samt eigenen Institutionen (also Subsystemen), von den aus die Strafe zu beleuchten ist. Jede der drei Arten von Institutionen, die Legislative, die Judikative und die Exekutive ist ohnehin genötigt, vor allem ihren eigenen Blickwinkel einzunehmen.

Bereits *Max Ernst Mayer* hat eine solche Trennung angeregt.<sup>257</sup> Sie erscheint auf den ersten Blick recht sinnvoll und entspricht auch dem Blickwinkel der *drei Staatsgewalten*. Aber aus dem übergeordneten Blickwinkel des demokratischen Gesamtstaates mit seinem Gewaltmonopol sollte es möglich sein, den Demokraten und dem Täter eine einheitliche Begründung zu geben. Die Ausgestaltung der staatlichen Strafe und ihre Verteilung auf die drei Gewalten ist eher von demokratietechnischer Art und der Arbeitsteilung geschuldet. Die Strafe, die wir üblicherweise mit diesem Begriff meinen, ist die *vollstreckte Strafe*. Gesetz und Urteil bereiten sie nur vor.

Gesetz und öffentliche Verurteilungen können zwar vielleicht Menschen von Taten abhalten und sie mit den Unrechtstaten auch Strafen vermeiden. Aber zu rechtfertigen ist die *vollstreckte Strafe*.

Dafür kann es vielleicht zwar genügen, dass wir als demokratische Gesetzgeber meinen, wir benötigten die Vollstreckung vor allem, um der Allgemeinheit ständig Beispiele vor Augen führen zu können, dass man es mit den

---

<sup>257</sup> Gössel, Wesen, 1988, 3 ff., 20 f., erinnert an Mayer, M. E., Strafrecht, 1915, 419.



Strafandrohung auch ernst meint. Nur sollten wir mit dieser Aufspaltung in drei Phasen nicht vermeiden, die Frage nach der Strafe als sozialrealer Zufügung eines *Übels* in den Mittelpunkt zu stellen.

Das Problem der Strafrechtswissenschaft besteht allerdings darin, dass sie sich vor allem für die Auslegung der Strafgesetze zuständig sieht. Schon der Strafprozess und damit das Urteil stehen dahinter zurück. Sie werden von der Gerichtspraxis dominiert. Der Vollzug ist sogar von exekutiver Art. Er gehört faktisch und nach seinen Regeln zum Verwaltungsrecht, auch wenn ihn Strafvollstreckungskammern kontrollieren.

Für die deutsche Strafrechts-Theorie und ihr Selbstverständnis ist dies eine missliche Lage. Sie muss also vom Gesetz weg und zurück in die Rolle der Gesetzgeber springen. Weshalb hat jener Strafgesetze damals erlassen und heute noch bestehen lassen (dürfen), die die Grundlagen dafür bilden, Menschen lange Zeit einzusperren?

*Roxins*, dessen Lehren die deutsche Strafrechtswissenschaft erheblich beeinflusst haben, greift diesen Trennungsgedanken in einer vielzitierten Abhandlung auf.

*Roxin* erkennt die „*aller gesellschaftlichen Existenz inhärenten*“ Gegensätze zwar an. Doch will er sie dem dialektischen Prinzip entsprechend auf höherer Ebene überwinden.<sup>258</sup> Er differenziert dann jedoch -offenbar- auf mittlerer Ebene - wie *Max Ernst Mayer* - zwischen der gesetzlichen Strafandrohung, die primär einen generalpräventiven Zweck verfolgt, und der Strafverhängung, die den bekannten vielfältigen Zielen dient. Der Vollzug erstrebe vorrangig die Resozialisierung<sup>259</sup>.

*Roxin* bekennt sich also zwar offen zur *Widersprüchlichkeit* der einzelnen Elemente der Vereinigungstheorie. Er hält diese aber für auf einer höheren Ebene lösbar. Damit jedoch bleiben die Widersprüche auf der *Ausgangsebene* auch für ihn erhalten. Zudem sind sie nach seiner Auffassung auf der höheren Ebene noch nicht ausdiskutiert<sup>260</sup>.

*Roxin* vermag -innerhalb unseres dreifaltigen Rechtssystems- zwar Strafandrohung und Strafvollzug einigermaßen voneinander abzuschichten. Aber für den Akt der Strafverhängung durch das *Urteil* bleiben auch für ihn die Widersprüchlichkeiten der Vereinigungstheorie bestehen.

---

<sup>258</sup> Roxin, Sinn, JuS 1966, 377 ff., 387.

<sup>259</sup> Roxin, Sinn, JuS 1966, 377 ff., 383, 386; Triffterer, Strafrecht, 1985, 12.

<sup>260</sup> Vgl. Roxin, Sinn, JuS 1966, 377 ff., 387.

Die drei Phasen des Strafvorganges lassen sich zwar intern trennen, bilden aber dennoch nur drei Untersysteme derselben Oberidee, zum Strafrecht zu gehören. Die Hauptaufgabe, Stufen des Strafens zu bilden, verbindet sie.

Auch lassen sie sich rückwärts von der Verbüßung einer konkreten Strafe wegen einer konkreten Tat her lesen. So enthält die gesetzliche Strafandrohung (wer so und so handelt, wird mit Freiheits- (oder Geld) - Strafe bestraft) bereits das generalisierende Bild von Tat und Strafe. Sie umschreibt einen abstrahierten Fall der Strafverhängung. Auch die Vollstreckung erfolgt aus dem Urteil und kann daher nicht ausschließlich anderen Zwecken dienen. Die Resozialisierung als Vollzugsziel muss die vom Täter auf sich geladene Schuld aufnehmen und zu ihrem Ausgangspunkt machen.

Eine völlige Trennung zwischen Gesetz, Urteil und Vollzug wäre aus demokratischer Sicht auch nur um den Preis der Täuschung des Bürgers möglich. Der Gesetzgeber droht danach Schuldausgleich an, obwohl er nur die Erhaltung der Rechtstreue will. Der Richter spricht eine Strafe wegen der Tatschuld aus, weiß aber, dass sie in Wirklichkeit ein Vorwand ist, um den Täter zu resozialisieren. Die Vollzugsverwaltung resozialisiert, weiß aber, dass die Grundlage für diesen ein Schuldspruch bildet. Er beruht zudem auf einem bestimmten Strafgesetz, das eigentlich vor allem die Allgemeinheit rechtstreu halten will.

Solange der Vollzug auf dem Urteil und dieses auf dem Gesetz beruht, sind Gesetz, Urteil und Vollzug nicht klar zu trennen. Auf diese Weise lassen sich die Widersprüche nicht vollständig auflösen. Aber sie lassen sich abschwächen, und zwar über die *drei Untersysteme* des Strafrechts.

*Drei-Blickwinkel-Lehre.* Es handelt sich um *dieselben* drei Positionen, von den aus die Vereinigungstheorie zu betrachten ist. In diese *Drei Blickwinkel-Lehre* lässt sich auch die Unterscheidung von „Strafziel, Strafgrund und Straftat“ integrieren.

Wer wie die deutsche Strafrechtswissenschaft vor allem vom Strafgesetz ausgehen, der wird die Vereinigungstheorie vorrangig *generalpräventiv* deuten (Strafziel). Das Urteil und die (konkrete) Schuld bilden den Strafgrund („wegen“). Er tritt dahinter zurück in eine dienende Funktion. Aus der Schuld wird die soziale Schuld. Der Freiheitsentzug vor allem im Strafvollzug und das Einwirken auf den Täter, um ihn individuell zu resozialisieren (Straftat), dienen vor allem den generalpräventiven Bedürfnissen, die Vorgaben der Verfassung und damit die Leitideen unserer Gesellschaft umzusetzen.

Aber auf der großen Ebene des Strafens und der Suche nach dessen guten Gründen gehören Gesetz, Urteil und Vollzug zusammen.

Wer also ein Strafrechtstheorie vor allem konkret dazu benötigt, um die *Strafgesetze* teleologisch auszulegen, der setzt ohnehin auf der Ebene der Generalprävention an. Die Bedeutung von Prozess und Vollzug treten dahinter zurück. Was aber ist denn Strafe? Den *Täter* treffen jedenfalls vor allem der Schuldspruch und die danach vollstreckte Strafhaft. Die *Allgemeinheit* will dagegen ein Strafrecht.

Wer aus der Sicht der demokratischen Herrscher fragt, warum wir denn überhaupt Mitmenschen bestrafen dürfen und sollten, der wird am besten zweistufig vorgehen. Er wird zunächst am besten drei Gesichtspunkte heranziehen. Auf eine solche höhere Ebene und auf die Notwendigkeit der Akzeptanz der Widersprüche im Einzelnen verweist schon *Roxin*.

*Fazit:* Die jeweilige Gewichtung und die Ordnung der drei Elemente wird jeder Betrachter zumindest auch von seinem jeweiligen Standpunkt abhängig machen.

Dazu gehört auch, ob er vorrangig auf das Gesetz blickt und nach dessen Strafzweck fragt, auf das Urteil schaut und dessen Strafgrund erklären will oder den Vollzug und dessen Straftat erörtert.

Der Gesetzgeber blickt in die Zukunft. Das Gericht bewertet mit dem Urteil die Vergangenheit. Der Strafvollzug findet in der Gegenwart statt.

Umgekehrt hat eine „allgemeine deutsche Straftheorie“ dies zu bedenken und dennoch eine *vereinheitlichende* Antwort zu geben. Die vorherrschende Meinung bietet deshalb zu Recht eine vage und zum Teil auch widersprüchliche Idee einer „Vereinigungstheorie“ an. Sie kann jeder noch weiter ausprägen, zumal wenn er Antworten haben will. Oder er muss sich mit ihrem Wesen, nur eine vage Dreifaltigkeitsidee zu bieten, abfinden.

Wenn er *pragmatisch* denkt oder tätig ist, wird er erfreut sein. Er ist einerseits nicht fest an ein einziges klares Strafdogma gebunden und ihm stehen andererseits für die Wahl seiner Gründe gleich drei anerkannte Denkrichtungen zu Verfügung.

## 6. Kapitel

### Allgemeine Generalprävention I: Darstellung und Kommentierung

#### I. Verbund von Sozialschadens- und Rechtsgutslehre; Feindstrafrecht und „Strafrecht dient dem Rechtsgüterschutz“

*Verbund von Sozialschadens- und Rechtsgutslehre.* Die *allgemeine Generalprävention* will also mit dem Strafen den Schutz der Gesellschaft vor sozialschädlichem Verhalten bewirken und dabei insbesondere den Schutz der „elementaren Werte“ des Gemeinschaftslebens oder auch der Rechtsgüter<sup>261</sup> betreiben.<sup>262</sup> Das *Bundesverfassungsgericht*, das diesen Gedanken in seiner großen Leitentscheidung zur lebenslangen Freiheitsstrafen aufgreift, erklärt, „*oberstes Ziel des Strafens*“ sei es, „*die Gesellschaft vor sozialschädlichem Verhalten zu bewahren und die elementaren Werte des Gemeinschaftslebens zu schützen*“.<sup>263</sup>

In der Inzest-Entscheidung ist das Gericht, naheliegender Weise nur formal am Rechtsgutsgedanken und inhaltlich an der Gesellschaft orientiert. Es erklärt: „*Das Strafrecht wird als ultima ratio des Rechtsgüterschutzes eingesetzt, wenn eine bestimmtes Verhalten über das Verbotensein hinaus in besonders Weise*

---

<sup>261</sup> Die „schuldhafte Verletzung eines für alle gewährleisteten Rechtsguts“: BVerfG, 25, 169 ff., 286. BVerfG, Inzest-Entscheidung, 120, 224, 240 - Inzest-Urteil („Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz gebietet, dass eine Strafnorm dem Schutz anderer oder der Allgemeinheit dient .... Das Strafrecht wird als ultima ratio des Rechtsgüterschutzes eingesetzt, wenn ein bestimmtes Verhalten über das Verbotensein hinaus in besonderer Weise sozialschädlich und für das geordnete Zusammenleben der Menschen unerträglich, seine Verhinderung besonders dringlich ist. Wegen des der Androhung, Verhängung und Vollziehung von Strafe kommenden sozialemischen Unwerturteils kommt dem Übermaßverbot als Maßstab für die Überprüfung einer Strafnorm besondere Bedeutung zu.“); herausgestellt auch von Murmann, Grundkurs, 2015, § 8 Rn 13.

<sup>262</sup> Zum Begriff des Rechtsguts und seinen Definitionen u.a. als „sozial wertvoll anerkanntes Lebensgut“, siehe Lenckner, in: Schönke/ Schröder, 1997, Vorbem. §§ 13 ff. Rn 9; zusammenfassend Roxin, Strafrecht AT I, 2006, § 2 Rn 34 ff.

<sup>263</sup> BVerfG 45, 187, 254., genauer: „*Wenn*“ ((also nicht falls) „*es oberstes Ziel des Strafens ist, die Gesellschaft vor sozialschädlichem Verhalten zu bewahren und die elementaren Werte des Gemeinschaftslebens zu schützen (allgemeine Generalprävention)*“, so muß bei der hier erforderlichen Gesamtbetrachtung zunächst von dem Wert des verletzten Rechtsguts und dem Maß der Sozialschädlichkeit der Verletzungshandlung – auch im Vergleich mit anderen unter Strafe gestellten Handlungen – ausgegangen werden. Das Leben jedes einzelnen Menschen gehört zu den höchsten Rechtsgütern Die Pflicht des Staates, es zu schützen, ergibt sich bereits unmittelbar aus Art. 2 II 1 GG. Sie folgt darüber hinaus aus der ausdrücklichen Vorschrift des Art. 1 I 2 GG.“ Dazu auch: Stree in: Schönke/Schröder, 1997, Vorbem. §§ 38 ff, 1. Dem seien „die einzelnen Zwecke ... unterzuordnen“. Zudem Feltes, Strafanspruch, 2007, 144.

*sozialschädlich und für das geordnete Zusammenleben der Menschen unerträglich, seine Verhinderung besonders dringlich ist.*“

Für die Strafnorm fügt es an:

*„Wegen des der Androhung, Verhängung und Vollziehung von Strafe kommenden sozialetischen Unwerturteils kommt dem Übermaßverbot als Maßstab für die Überprüfung einer Strafnorm besondere Bedeutung.“*<sup>264</sup>

Ob nun das *Bundesverfassungsgericht* grundsätzlich festlegt, was Rechtsgüter sind, wie es in dieser Entscheidung anklingt<sup>265</sup>, oder es nur in Grenzfällen darüber entscheidet, es sich ansonsten, wenn vorhanden, an den kulturellen Konsens zurückbindet, ist nicht weiter zu vertiefen. Jedenfalls muss dem demokratischen Gesetzgeber einerseits noch ein *Gestaltungsspielraum* bleiben, andererseits muss er innerhalb einer (Grund-) *Werteordnung* auch deren Werte-Angebote zumindest mit erwägen.

Auf diese Weise definiert das *Bundesverfassungsgericht* zugleich näher, was wir unter „*Prävention*“, also Vorbeugung, zu verstehen haben, und es sucht auch, das *Strafen einzuschränken*.

Vorzubeugen heißt, Maßnahmen zu treffen, um etwas Wertvolles, etwa eine Person, hier auch eine kollektive oder Wir-Person, die Allgemeinheit, „vor Schaden zu bewahren“ und damit zu „schützen“. Erwartet werden also exakt die schädigenden Handlungen und Rechtsverletzungen, die das Strafgesetzbuch kodifiziert und die die vom Staat zu achtenden und zu schützenden Grund- und Menschenrechte – mittelbar – erkennen lassen.

Damit sind auch die beiden potentiellen *Angreifer* benannt: „Wer“, also jeder einzelne Mensch im Strafgesetzbuch und der Staat in den Grund- und Menschenrechten.

„Generalprävention“ meint dabei, dass Vorbeugung auf die „Allgemeinheit“ ausgerichtet ist.

Der vage Begriff der Allgemeinheit wird dazu gleich konkretisiert. Gemeint sind die Gesellschaft und das Gemeinschaftsleben.

Die Strafe soll das *Mittel* bilden, das diesen beiden Zielen, dem Gesellschafts- und dem Rechtsgüterschutz, dient. Zweierlei ist zu erkennen:

---

<sup>264</sup> BVerfG 120, 224, 242 -dazu das kritische Sondervotum von Hassemer, 255 ff.

<sup>265</sup> BVerfG 45, 187, 254.

- Einwirken kann das Strafrecht auf die Allgemeinheit nur *kommunikativ*, also vor allem durch die Sprache, gemeinsame Riten und sonstige symbolische Akte. Denn die Allgemeinheit existiert nur auf dieser Ebene.
- Ebenso dient die *Generalprävention* dem, was sie schützen soll, also dem Erhalt dieser „Allgemeinheit“. Deren *Form* besteht in der Gesellschaft und deren *Inhalt* in den gemeinsamen Werten.

Das *Gesamtkonzept* des Strafens, das aus Gesetz, Urteil und Vollzug besteht, einmal von der *Generalprävention* her *ausgeformt* weitergedacht, lautet es vermutlich:

- Die Strafandrohungen der *Gesetze* richten sich an die Allgemeinheit. Insofern handelt es sich *allein* um ein generalpräventives Mittel. Die einzelnen Strafnomen erklären, wann welches (strafbare) *sozialschädliche Verhalten* vorliegt und welche *Rechtsgüter* es (wie) zu schützen gilt. Während allerdings das sozialschädliche Verhalten *unmittelbar* kodifiziert ist, sind die elementaren Werte dem Strafgesetz nur mittelbar zu entnehmen. Sie stehen mit dem Strafziel aber hinter ihnen (und bestimmen die Bewertungsnorm).
- Das *öffentliche Urteil* verändert den personalen Rechtsstatus des Täters und schwächt auf diese Weise auch seinen *sozialen Status* und seinen Rechtsanspruch auf sein eigenes *konkretes Rechtsgut Freiheit*, und zwar als Fortbewegungsfreiheit und Eigentum. Das Urteil ist gerecht, jedenfalls insofern es Gleiches mit Gleichem etwa gerecht zu vergelten trachtet und zudem die individuelle Vorwerfbarkeit als Maß der Schuld mitberücksichtigt, und dies im Verbund von Schuld- und Strafausspruch verkündet. Das Ausmaß des Sozialschadens, den der Täter angerichtet hat und das Gewicht der konkreten Rechtsgutsverletzung wird damit mit der Strafe im groben ausgeglichen und der Täter dabei als würdiger Mensch beurteilt. Alles wirkt *-mittelbar* und durch Medien vermittelt- über die Öffentlichkeit nach außen auf die „Gesellschaft“ und auf das „Gemeinschaftsleben“, indem es deren „elementare Werte“ schützt. Zu ihnen zählt auch das Subjektsein des Täters. Wie allerdings der Rechtsgüterschutz im Einzelnen vonstattengeht, darüber ist noch nachzudenken. Der Urteilsspruch verkündet jedenfalls, dass hiermit dem Strafgesetz genüge getan werden soll, das den Zweck verfolgt, diesen beiden Zielen zu dienen.
- Der *Vollzug* nimmt dem Täter für eine bestimmte Zukunft einen Teil seiner tatsächlichen Handlungsfähigkeit. Er schränkt seine Stellung in der Gesellschaft real ein und nimmt ihm konkret bestimmte eigene Rechtsgüter. Der Vollzug soll aus der Sicht der Sozialschadenslehre

seiner *Resozialisierung* dienen. Zudem soll er dem Täter die elementaren Werte des Gemeinschaftslebens für die Zukunft verdeutlichen, und zwar indem die Strafe sie ihm in schmerzhafter Weise vorenthält. Generalpräventiv wirken einerseits die *Nachrichten* über die Existenz von Justizvollzugsanstalten oder Vollstreckung von Geldstrafen. Andererseits wirkt offenbar auch das Fehlen von Nachrichten über sozialschädigende Akte und Angriffe auf die elementaren Werte durch diesen bestimmten Täter.

Dieses generalpräventive Gesamtkonzept erscheint zumindest in sich schlüssig und auch als recht gut vertretbar. Es nutzt alle drei Säulen der *Vereinigungstheorie*, ordnet sie aber dem Blick auf die Gesellschaft und den elementaren Werten des Gemeinschaftslebens unter. Höchst- und Endzweck der Strafe ist es also, diesen „höchsten Zielen“ zu dienen.

Man kann auch folgern, dass das eigentliche oder auch höchste *Strafrechtsgut*, nämlich das Gute des Strafrechts, in diesen beiden Zielen besteht und damit zugleich *nicht* vorrangig in der konkreten humanen Gerechtigkeit um der Gerechtigkeit willen, also in der konkreten Sühne und Buße als Selbstzweck. Ebenso wenig geht es danach vorrangig um die Verhinderung von Rückfall. Diese beiden Strafgründe der Gerechtigkeit und der Individualprävention bilden nur *Mittel* zum „höchsten Ziel“.

Das generalpräventive Doppelziel ist noch näher zu betrachten. Das *Bundesverfassungsgericht* trennt *intern* zwischen dem *Gesellschaftsschutz* und dem *Werteschutz*. Es beginnt wiederum mit dem Gesellschaftsschutz und unterwirft zudem die „elementaren Werte“ der vagen Idee des „Gemeinschaftslebens“. Darunter kann man wohl das Leben der *Einzelnen* in der *Gemeinschaft* verstehen. Der leichte Vorrang gebührt dennoch also der sozialen und damit auch der politischen Sicht, der die Verfassung insgesamt dient.

Dabei handelt es sich im Kern um einen pragmatischen *doppelten Ansatz*. Die Ideenwelten der *Soziologie* und die der *Ethik* werden in einem Verbund gesehen.

Der Umstand, dass die Strafe ein *reales* Übel darstellt, bildet einerseits den Gegenstand, um dessen *sozialethischer* Rechtfertigung es geht. Andererseits eröffnet sich damit die dritte Welt der *Natur*. Diese Weltsicht hat früher das *Naturrecht*, mit welcher Deutung auch immer, offen mit einbezogen. Aber die Betrachtung der Realität von Strafe und deren Vollzug betreiben wir mit den Ideen des *Tatschuldausgleich* und vor allem über die *Individualprävention*. Der generalpräventive Doppelansatz als „höchstes Ziel“ überwölbt und überdeckt

dies beiden Sichtweisen zwangsläufig. Denn er ist auf die Kommunikation mit der Allgemeinheit ausgelegt.

*Fazit:* Das Strafen stellt aus der Sicht der Allgemeinheit auf allen drei Ebenen, dem Gesetz, dem Urteil und dem Vollzug, vor allem einen *symbolischen Sprachakt* dar.<sup>266</sup>

Im Einzelnen:

*Sozialschadenslehre.* Sieht man in der Strafe *vorrangig* eine Reaktion, die das Ziel verfolgt, *Sozialschäden* zu vermeiden<sup>267</sup>, dann verfolgt man sozialschädliche Handlungen, wie es aus der Sicht der *sozialen Handlungslehre* naheliegt. Ziel des Strafens, so heißt es auch, sei es, *das gedeihliche Zusammenleben in der Gemeinschaft zu sichern*<sup>268</sup>.

Für sich betrachtet erweist sich dieser Gedanke jedoch als gefährlich. So lässt sich mit ihm in jeder Gesellschaftsform das Strafen erklären und ausformen, auch in einer totalitären oder autokratischen. Denn diese Sicht ist rein *funktional* ausgerichtet und setzt den *Gesellschaftsschutz* an die erste Stelle. Als reine Lehre gedacht, verdrängt die Idee von Sozialschädlichkeit die außerrechtliche Sicht der philosophisch-idealistischen Ethik. An ihre Stelle tritt dann die *im Kern amoralische Gesellschaftslehre*.

Ein besonders, aber dem Gesellschaftsschutz dienliches Modell, das vom *Feindstrafrecht*, hat *Günther Jakobs*<sup>269</sup> entwickelt und mit ihm viel Aufmerksamkeit auf sich gezogen. Er sieht es im deutschen Recht vor allem in der Terrorismusbekämpfung und bei den (vorbeugenden) Gefährdungsdelikten verwirklicht.

Dieser Leitbegriff ist versuchsweise in die Straftheorie einzupassen:

Im Mittelpunkt steht danach die rechtsfeindliche Gesinnung. Der Angriff des Täters gilt mit *Jakobs* der *Normgeltung*, und zwar jeder Norm, die der *Allgemeinheit* dient.

---

<sup>266</sup> Aus der Philosophie zur Verbindung der „Lebenswelt“ mit der Sprache sowie zur Fortschreibung einer (strengen) Phänomenologie aus heutiger Sicht, Figal, Unscheinbarkeit, 2015, etwa 257 "Wenn Sprache räumlich ist, statt Raum nur zu entdecken, müssten auch die Begriffe Raumcharakter haben. Wie anders sollten sie in der Sprache erfahrbar sein?"

<sup>267</sup> Zur Sozialschädlichkeit vgl. Otto, Grundkurs, 1996, 81 ff. Vgl. zudem Amelung, Rechtsgutverletzung, 1991, 269 ff.; weitere Nachweise bei Montenbruck, Abwägung, 1989, 71, 78 f.

<sup>268</sup> Schmidhäuser, Strafrecht AT, Stb, 1984, 20 Rn 23.

<sup>269</sup> Zur Trennung von Feindstrafrecht und Bürgerstrafrecht: Jakobs, Selbstverständnis, 2000, 47 ff., 51 ff. Zudem aus seinen vielen Schriften: Jakobs, Norm, 1997, 23.



Die Feinde muss man *unschädlich* machen im Sinne von *Liszt*. Dazu wird die Rechtsgemeinschaft den Täter isolieren, also einsperren. Früher hat man ihn verbannt (vogelfrei gemacht), deportiert oder öffentlich getötet. Dem feindlichen Angriff auf die Normgeltung muss man mit exemplarischen und öffentlich kommunizierten Straftaten begegnen, die der Bekräftigung der Normgeltung dienen.

Die Idee vom Feindstrafrecht ist zumindest eine von *Jakobs* recht konsequent ausgeführte Sicht auf das Strafrecht. Jeder der von Angriffen auf die Rechtsordnung oder von Verbrechenbekämpfung spricht, wählt eine dazu passende Metapher.

Dem ist zwar mit *Jäger* entgegenzuhalten<sup>270</sup>, die folgliche „Negierung des Personenstatus“ führe zum Verstoß gegen Verfassungsprinzipien, wie „die Menschenwürde, das Schuldprinzip, das Rechtsstaatsprinzip, das Tatprinzip und die Unschuldsvermutung“. Auch würden die „in der Gesellschaft tief verwurzelten Wertüberzeugungen“ nicht berücksichtigt.

Aber dennoch, wer mit der Vereinigungstheorie zumindest auch auf den Gedanken setzt, dass die Strafe die Gesellschaft schützen soll oder konkreter die Geltung ihres jeweiligen Normensystems, der begibt sich in diese Gedankenwelt. Er fordert individualpräventiv die Unschädlichmachung des Rechtfeindes und wird ihn generalpräventiv öffentlich opfern, um den Normschaden mit einem Gegenakt auszugleichen.

Wichtig ist es also, den Begriff der Gesellschaft *sofort* mit den *westlichen Werten* auszufüllen, etwa über Art. 20 GG. Zudem sind dem Einzelnen in dieser konkreten deutschen Gesellschaft die Grundrechte der Art. 1 ff. GG zuerkennen. So steht in dieser Gesellschaft der *Einzelne* zumindest neben der *Gemeinschaft*. Gesellschaftsschutz meint dann immer auch *Grundrechtsschutz*. Umgekehrt kann und sollte man dann wiederum den Rechtsgüterschutz -auch- als *Teil des Gesellschaftsschutzes* ansehen. So nimmt der Gedanke vom Rechtsgüterschutz ohnehin mit dem *Schutzaspekt* ein soziales Element auf.

Auch die weitergeführte Idee, vor allem für den *Erhalt der Rechtsgüterordnung* insgesamt zu strafen, nicht vorrangig zum Schutz einzelner Rechtsgüter<sup>271</sup>,

---

<sup>270</sup> Jäger, SK StGB, 2017, Vor § 1, Rn 29, 16

<sup>271</sup> Dazu: Beschluss vom 15. Dezember 2015 - 2 BvR 2735/14-Europäischer Haftbefehl Abs. Nr 57, auch hier mit etlichen Selbstzitat, (Hervorhebungen nicht im Original): „Anliegen des Strafprozesses ... Dessen Aufgabe ist es, den *Strafanspruch des Staates* um des *Schutzes der Rechtsgüter Einzelner und der Allgemeinheit* willen in einem justizförmigen Verfahren

enthält ein soziologisches Element. Denn der Begriff der Ordnung, der wiederum mit Herrschaft verbunden ist, gehört zum alten Kern des soziologischen Rechtsdenkens. Heute spricht vom weicheren „System“, meint aber in etwa dasselbe wie Ordnung. Wer also das *Strafgesetzbuch* insgesamt als ein in etwa *geschlossenes System* sieht, der muss die einzelnen Rechtsgüter auch noch einmal derart verbinden und überwölben.

Die Frage nach dem Vorrang, entweder der einzelnen Rechtsgüter analog zu den einzelnen Grundrechten oder der Werteordnung<sup>272</sup> als solcher, kann im Rahmen einer vagen Vereinigungstheorie offenbleiben. Die Antwort darauf hängt dann nur noch davon ab, welches Gewicht man der Idee der Generalprävention innerhalb eines solchen Gesamtkonzeptes zubilligt. *Jakobs'* Feindstrafrecht lässt sich darin als ein wichtiges und selbstkritisches Element einpassen.

Einerseits besteht das große Dilemma des sozialen Ansatzes *grundsätzlich* darin, dass er am Ende immer die *Gesellschaft* über den *Einzelnen* stellt. Gemeinwohl geht in der Not vor Individualwohl. Mit den Grundrechten und vor allem mit der Absolutheit der Menschenwürdeidee ist dieser Ansatz -für sich allein- nicht zu vereinbaren.

Andererseits kann kein würdiger Mensch mit all seinen Grundrechten ohne Gemeinschaft leben. Rechte setzen wie auch die Sprache Gesellschaften voraus. Wie bei der Vereinigungstheorie bietet es sich an, die verschiedenen Sichtweisen zu verbinden, mit welchem Einzelgewicht oder gar Vorrang auch immer. Denn der Mensch hat in und mit dieser Komplexität zu leben.

Von der Werteseite her vermittelt die Idee von der *Sozialethik* zwischen beiden Ansätzen. Auf der Ebene der Rechtsgüter sind deshalb auch *Gemeinschaftswerte* geschützt. Zudem ist der Rechtsteil eines *Rechtsgutes* auch von sozialer Art. Schließlich aber schützen wir mit dem *allgemeinen* Wert auch bei den Individualrechtsgüter auch die *Allgemeinheit der Menschen* und seine Gesellschaft mit.

---

durchzusetzen und dem mit Strafe Bedrohten eine wirksame Sicherung seiner Grundrechte zu gewährleisten.“

<sup>272</sup> Vgl. BVerfG 39, 1 ff., 42. Siehe auch BVerfG 27, 18 ff, 29, mit dem Zusatz, danach lasse sich „an Hand der grundgesetzlichen Werteordnung“ ermitteln, was „zweifelloos in den Kernbereich des Strafrechts gehört“. Vgl. dazu auch Tiedemann, K., Verfassungsrecht, 1991, 53f., 54, der seinerseits eine Stufung der Rechtsgüterordnung vornimmt. Neben einem kleinen Bereich, insbesondere des Schutzes von Leben, Gesundheit, Bewegungsfreiheit, Eigentum sowie anderer fundamentaler Rechtsgüter, gebe es einen größeren Bereich des Strafrechts, der *eigenständig mediatisierte Güter zum Gegenstand habe*; ebenso Roxin, Strafrecht AT I, 2006, § 2 Rn 2 ff.

Das *Ausfüllen* des Sozialschadensgedankens mit der Werteethik der Rechtsgüter bietet sich also an.

Umgekehrt erscheint ein grobes Hierarchisieren von „elementaren Werten“ hin zu einer Werte- oder auch Rechtsgüterordnung geboten, was die Ideenkraft der *einzelnen* Rechtsgüter einerseits schmälert, sie andererseits verfassungsrechtlich bekräftigt und in einen größeren Kontext bringt.

*Insbesondere zur Rechtsgutslehre.* Dem Rechtsgutsgedanken misst die Strafrechtswissenschaft für den Besonderen Teil des Strafgesetzbuches herausragende Bedeutung zu. Vielfach heißt es schlicht, „*das Strafrecht diene dem Rechtsgüterschutz*“<sup>273</sup>; es sei die „ultima ratio“ des Rechtsgüterschutzes.

Beim Rechtsgut handelt sich um einen Begriff, den vor allem das Strafrecht verwendet, der aber offenkundig eng mit den Grundwerten verbunden ist, die die Grundrechte schützen.

Eine gängige Definition des Begriffs des Rechtsgutes lautet: Ein Rechtsgut ist der „*rechtlich geschützte, abstrakte Wert der Sozialordnung*“<sup>274</sup>. Wieder werden die Werte als Teil der Sozialordnung begriffen und ihr damit untergeordnet. Aber es dienen die einzelnen Rechtsgüter und erst recht die Gesamtheit der Rechtsgüterordnung stets *auch* dazu, die gemeinte Sozialordnung näher zu bestimmen, eben als eine Wertegemeinschaft.

Der eigenständige Kern der Rechtsgutsbegriff besteht dennoch im ethischen Begriff „*Gut*“ oder „*Wert*“, und zwar als ein *einzelnen* idealisierten Wert, den das Recht anerkannt hat. Dass das „Recht“ Werte schützt, erscheint danach eher als die bloße Folge des ethischen Gewichts der Werte. Die Rechtsidee spielt für das Rechtsgut eine zwar mächtige, aber dennoch dienende Rolle.

Im Einzelnen trennen wir zwar bekanntlich zwischen den *Individualrechtsgütern* und den *Gemeinschaftswerten*. Letztere bezeichnen wir auch als überindividuelle Rechtsgüter. Schon damit wird deutlich, dass die Rechtsgüterlehre vor allem an den *individuellen* Rechtsgütern ausgerichtet ist. Dabei richten sich zwar die Staatsschutzdelikte an Art. 20 GG aus. Ansonsten aber schützen sie, wie etwa Bandstiftung und Verkehrsdelikte, die

---

<sup>273</sup> So etwa Kindhäuser, Strafrecht, AT, 2015, § 2 Rn 5. Vgl auch Satzger, SSW StGB, 2017, Einleitung, Rn. 5.

<sup>274</sup> Jescheck/ Weigend, Strafrecht AT, 1996, 257 f.; sinngemäß ebenso Maurach/ Zipf, Strafrecht AT, Bd 1, 1992, 268; Wessels/Beulke/Satzger, Strafrecht AT, 2016, Rn 6 ff.; 6 („sozialethische Werteordnung unserer Verfassung“, „elementare Werte des Gemeinschaftslebens“).

Individualrechtsgüter, vor allem Leben, Leib, Freiheit, Eigentum, auf einer abstrakten Ebene.

*Beispiele im Gesetz.* § 34 StGB nennt Beispiele und verwendet den vagen Nützlichkeitsbegriff des Interesses als Oberbegriff mit folgenden Worten:

„Wer in einer gegenwärtigen, nicht anders abwendbaren Gefahr für *Leben, Leib, Freiheit, Ehre, Eigentum oder ein anderes Rechtsgut* eine Tat begeht, um die Gefahr von sich oder einem anderen abzuwenden, handelt nicht rechtswidrig, wenn bei Abwägung der *widerstreitenden Interessen, namentlich der betroffenen Rechtsgüter* und des Grades der ihnen drohenden Gefahren, das geschützte Interesse das beeinträchtigte wesentlich überwiegt.“

Werte, sind soweit sie mit Ideen verknüpft sind, verfestigte *Bilder*. Sie stellen aus der Sicht der Zwecklehre jeweils *Endzwecke*<sup>275</sup> oder auch Selbstzwecke dar. Sie sind im Kern von *absoluter* Art, also „an sich“; als solche stehen sie nebeneinander. Sie sind so eigenständig, dass man sie gegeneinander *abwägen* muss, aber dennoch weiß, dass man mit der Abwägung einen oder auch beide Werte verletzt.

Rechtsgüter dienen im Strafrecht der Bewertung der *objektiven* Erfolgsseite der Tat; sie bilden somit das Gegenstück zur subjektiven Seite im Sinne des subjektiven Tatbestandes und der Schuld.

Aus straf-rechtstheoretischer Sicht bilden sie ein Kernelement der sogenannten *Bewertungsnorm*, die *hinter* jedem gesetzlichen Tatbestand steht. Sie bieten den *guten, weil ethischen Grund* für Art und Maß der Unwertigkeit der Tat. Angriffe auf das Leben, das das höchste Individualrechtsgut<sup>276</sup> darstellt, sind unwertiger als Angriffe auf Sacheigentum. Hinzu tritt noch der spezielle *Handlungsunwert*, wie etwa der Gewahrsamsbruch, hinter dem sich aber auch noch Wertverletzungen verbergen (können), wie der Eingriff in die Intimsphäre.

*Verrechtlichung der Werte.* Einerseits handelt es sich um *außerrechtliche* elementare Werte des Gemeinschaftslebens. Sie stellt das „Recht“ unter seinen Schutz und formt diese damit auch aus. Vor allem unterwirft es sie der Gesamtrechtsordnung. Ethische Werte haben sich so einerseits dem Recht anzupassen, verfügen aber dennoch über allgemeine, ethische und soziale Eigenständigkeit. Damit werten sie ihrerseits das Recht sozialetisch auf.

---

<sup>275</sup> Röhl, Rechtslehre, 1995, 235

<sup>276</sup> BVerfG 45, 187, 254.

Als Teil des Recht müssen sich die Werte vor allem an der Verfassung und deren Kernnormen ausrichten. Die Idee des Rechts, Art. 20 III GG, gehört dazu.

*Abstrakte Rechtsgüter und konkrete Rechtsgutsobjekte.* Rechtswerte oder Rechtsgüter stellen *abstrakte Ideen* dar. Sie stehen hinter dem *konkreten* Rechtsguts- oder Angriffsobjekt<sup>277</sup>, das der Täter bedroht. Sie formen dessen Wesen einerseits aus. Ein (abstrakter) Wert, etwa das Prinzip "Eigentum" (vgl. auch Art. 14 GG), wird als Rechtsgut geschützt, die Sache hingegen, die einem Eigentümer gehört, bildet das Angriffs- oder Tatobjekt des Diebstahls. Man kann auch kurz von *konkreten Rechtsgütern* sprechen. Insofern handelt es sich um die Konkretisierung von Rechtswerten oder Rechtsgütern. Andererseits sind es erst die *konkreten Güter*, etwa eines Menschen oder einer bestimmten Gemeinschaft, die die Ideenwelt dadurch *induktiv* hervorbringen, dass man über sie kommuniziert, sie also mit Begriffen versieht.

Ohnehin ermittelt gerade das Recht und sein Personal beides, den konkreten Sachverhalt und die abstrakte Norm. Es sucht nicht nur nach beidem, sondern formt es auch zu einander passendes aus, den Sachverhalt zur Norm und die Norm zum Sachverhalt, und zwar auf allen drei Ebenen, dem Gesetz, dem Urteil und dem Vollzug. Dasselbe gilt dann auch für die mit dem Recht zu schützenden Güter oder Werte.

Die Rechtsweite der Pflicht zum Rechtsgüterschutzes durch Strafrecht ist zwar im Einzelnen unklar. Aber wesentliche Grundwerte, wie das Leben, müssen vom Staat auch mit dem Strafrecht geschützt werden, bei werdendem Leben (Abtreibung) ist dies auch (kulturell) umstritten.<sup>278</sup> Strafe erweist sich insofern nur „*ultima ratio*“ des Werteschutzes. Und der demokratische Gesetzgeber verfügt über einen großen Gestaltungspielraum. Daraus ergibt sich dann der „fragmentarische Charakter“ des Strafrechts, der allerdings mit der Idee eines *Allgemeinen Strafrechtssystems* kollidiert<sup>279</sup> und insofern mit ihm in einer Art von praktischer Konkordanz leben muss.

Die Rechtsgutslehre kann dem *Gesetzgeber* dabei helfen, strafwürdiges von straflosem Verhalten zu trennen<sup>280</sup> und bloße Ordnungswidrigkeiten aus dem Strafrecht herauszuhalten. Diese Lehre bietet zumindest einen *rechtsethischen* Anhalt dafür, unter welchen Voraussetzungen der Einsatz von Strafe unverhältnismäßig ist. Auf den Streit, ob oder inwieweit der demokratische

---

<sup>277</sup> BVerfG 45, 187, 254.

<sup>278</sup> Vgl. nur BVerfG 39, 1 ff. sowie zum Leben BVerfG 45, 187, 254.

<sup>279</sup> Dazu Zaczyk, Notwendigkeit, ZStW 123 (2011), 701 ff., 701 ff.

<sup>280</sup> Dazu Engländer, Revitalisierung, ZStW 2015, 616 ff., 616 ff. (zum Rechtsgüterschutzprinzip als gesetzgebungskritischem Ansatz) sowie Stuckenberg, Rechtsgüterschutz, ZStW 2017, 349 ff. („Rechtsgüterschutz als Grundvoraussetzung von Strafbarkeit?“).

Gesetzgeber daran *gebunden* ist, Rechtsgutserwägungen anzustellen, wenn er Verhalten unter Strafe stellt, soll hier nur hingewiesen sein. Das Betäubungsmittelrecht, ein Nebenstrafrecht, kennt jedenfalls als Rechtsgut etwa die vage Idee von der Volksgesundheit und sieht Strafen auch für das Handeltreiben vor, das aus individueller Sicht nur die eigenverantwortliche Selbstschädigung der Konsumenten zum Ziele hat. Im *Nebenstrafrecht* erweist sich im Gegensatz zum Kernstrafrecht des StGB, die *sozialethische Seite* des Strafrechts als von geringerem Gewicht.

*Zwischenergebnis:* Das Strafrecht kennt jedenfalls -auch- Rechtsgutsbetrachtungen und das Verfassungsrecht betreibt sie in ähnlicher Weise als Grundrechtsabwägungen oder sucht nach „praktischer Konkordanz“. Die Idee vom Schutz einzelner elementarer Werte bildet den ethischen Kern des gesamten deutschen Rechts und zeigt sich in den heutigen Grundrechten, die Grundwerte verrechtlichen. Absolut gedachte Werte vertragen kaum die relativierende Einbettung in eine verfassungsmäßige Wertordnung.

Dennoch müssen sich etwa der Höchstidee der Menschenwürde, auch als *Rechtssubjektivität*, Art. 1 I GG, unterordnen und zudem zu personalen Freiheitsrechten, die Art. 2 I GG bündelt, eine Beziehung aufbauen. Damit ist der Weg zu einer *personalen Handlungslehre* eröffnet, die die individuelle *Person in den Vordergrund* setzt und damit die Bedeutung der vielen bunten *Individualrechtsgüter*. Damit schwächt sie die Frage nach der Bewertung und somit die Kraft der Bewertungsnormen.

*Alternative zur Rechtsgutslehre - Vorrang der Person.* Die Alternative zu objektiven Werten bilden die personalen Freiheitsrechte. *Einzelne Freiheitsrechte* sind von *vornherein* von den Rechten der anderen begrenzt. Freiheitsrechte sind also *relativ*. Sie sind intersubjektiv konstruiert, also nicht von objektiver Art. So können die Anderen, aber auch die Gemeinschaft der Anderen, einer Rechtsperson bestimmte Freiheitsrechte (über einen Gesellschaftsvertrag der Freien oder über nationale Rechtssetzung) geben und auch nehmen. Freiheitsrechte erkennt man sich gegen- oder allseitig mit einem vertragsähnlichen Konsens zu und kodifiziert sie dann. So gibt es von vornherein -innerhalb einer Gesellschaft- nicht das Recht auf die Freiheit, jemanden zu beleidigen, zu verletzen oder zu töten. Die einzelnen Freiheitsrechte sind also vor allem über die Rechtsseite definiert.

Etwas anderes gilt für die sonstigen objektiv gedachten Rechtsgüter. Das Leben, als konkretisiertes allgemeines Rechtsgut (und auch das Grundrecht auf Leben), ist auch dann verletzt, wenn der Angreifer in Notwehr getötet wurde. Nur ist diesem Opfer auf der Rechtsebene im konkreten Falle der Rechtsschutz versagt. Daraus folgt dann auch, dass die Tat den Tatbestand des Totschlags erfüllt, der

Täter aber gerechtfertigt ist. Auch das Leben des Angreifers ist also ein Leben im Sinne des Lebensschutzes. Bei objektiven Werten liegt also jenseits des Rechts ein in der Regel *verkörpertes* „Gut“ vor, das durch das Recht allgemein, aber nicht unter allen Umständen, geschützt wird.

*Verfassungsrechtliche Verankerung der Rechtsgutslehre.* Das pragmatische deutsche Rechtssystem verfügt zwar über beide Ansätze, aber auch eine Rangfolge. Das Grundgesetz beginnt mit der absoluten *Menschenwürde* Art. 1 I GG, die Wert und Menschsein verbindet. Es fährt fort mit der durch die Rechte anderer von vorherein eingeschränkten freien Entfaltung der *Persönlichkeit*, Art. 2 I GG, schiebt wiederum in Art. 2 II *einzelne Werte* nach: „*Jeder hat das Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit.*“ Es folgt der Satz „*Die Freiheit der Person ist unverletzlich*“, mit der aber vor allem die (körperliche) Fortbewegungsfreiheit, also ein Gut des Menschen gemeint ist.

Methodisch lässt sich dies auch damit rechtfertigen, dass der Begriff der „Person“ eigentlich intersubjektiv bestimmt wird. Es geht offenbar nicht unmittelbar um den „Menschen“, sondern um die bloße Rechtspersönlichkeit. Sie wird durch das Recht gegeben und, wie das Strafrecht zeigt, auch genommen. Das Menschsein ist zuvor schon geschützt und dessen Würde ist unantastbar. Nur der Achtungsanspruch kann vom Staat oder von Dritten verletzt werden (Auch der Gefoltete besitzt also noch, wie die Seele, seine unantastbare Würde; sie wird nur nicht geachtet.). Deshalb kann der Begriff der „Person“ anders und enger gefasst sein.

Das *Leben* begreift das *Bundesverfassungsgericht* zudem als *Grundlage der Menschenwürde* und hebt diesen Grundwert damit aus Art. 2 II GG heraus. Ebenso darf dem würdigen Menschen die Freiheit nicht *grundsätzlich* strafweise lebenslang entzogen werden ohne Aussicht auf die Aussetzung zur Bewährung.<sup>281</sup> Auch die *Fortbewegungsfreiheit* als solche ist also schon über Art. 1 I GG mit gesichert.

*Oberwerte.* Aus der Sicht der *Gesellschaft* (oder Gemeinschaft) und auch aus dem Blickwinkel der einzelnen *Menschen*, bilden die *einzelnen* Rechtsgüter auf den zweiten Blick nur, aber immerhin gewichtige *Zwischenwerte*. Die beiden Höchstwerte bilden der Mensch, vor allem im Sinne des Art 1 I GG und die verfasste Staatsgemeinschaft im Sinne des Art. 20 (vgl auch Art. 79 III GG). Art 1 II GG verbindet zudem noch die allgemeinen Menschenrechte sowie die Ideen von Gerechtigkeit und Frieden in der Welt mit der Würde des Menschen. Allerdings sind Höchstwerte von substanzieller Art, sie liegen selbst zugrunde und sind mit dem Dilemma verbunden, dass sie ihrerseits nicht weiter ableitbar

---

<sup>281</sup> Vgl. erneut BVerfG 45, 187 ff. (schon im Leitsatz)

sind. Deshalb beschreibt erst die Summe der Einzelwerte -induktiv- in etwa ihr Wesen, wohl wissend, dass ihr höchste Ganzes mehr als diese Summe ist. Wir benötigen also *beides*, die vagen Höchst- als auch die bunten Einzelwerte.

*Roxins sozial-personale Lehre.* Roxin unterwirft die Rechtsgüter einer sie überwölbenden Sicht. Aus sozialer und auch aus personaler Sicht erläutert er sie als „*Gegebenheiten oder Zwecksetzungen, die dem Einzelnen und seiner freien Entfaltung im Rahmen eines auf dieser Zielsetzung aufbauenden sozialen Gesamtsystems oder mit dem Funktionieren dieses Systems selbst nützlich sind.*“<sup>282</sup> Ihm geht es also um den Nutzen für die freie Entfaltung des Einzelnen und das Funktionieren des Systems *Gemeinschaft* insgesamt.

Danach werden die einzelnen Güter wie Leben, Leib, Freiheit, Ehre usw. *nicht* um ihrer selbst willen geschützt.

Mit einzubeziehen sind also die Rechtsgutsträger, denen in aller Regel eine Verfügungsbefugnis über diese Güter zusteht<sup>283</sup>, also insbesondere um den (1) Schutz des *Menschen* (Art. 5 I 1 EMRK: „Jede Person hat das Recht auf Freiheit und Sicherheit“) oder (2) der *Gemeinschaft* und ihrer vitalen Strukturen. Zu den Gemeinschaftswerten zählt etwa auch die Effektivität der Strafrechtspflege.<sup>284</sup>

*Abwägung und rechtfertigender Notstand.* Werte stellen zwar eigentlich jeweils *Endzwecke* dar. Dennoch lassen sie sich gegeneinander abwägen und dazu schon einmal in eine grobe Werteordnung gliedern. So hat das Leben einen höheren Wert als das Eigentum. Weitere Maßstäbe bietet der rechtfertigende Notstand gemäß § 34 Satz 1 StGB, so ist auch der Umfang der konkreten Gefahr von Bedeutung.

*Fazit:* Nahe liegt es zu trennen:

(1) Das Hauptrechtsgut, das hinter den *Individualrechtsgütern* steht, ist auch aus verfassungsrechtlicher Sicht der *Mensch*, Art. 1 I GG. Diente die Gemeinschaft allein ihm, würde ihm der alleinige Höchstwert zukommen.

---

<sup>282</sup> Roxin, Strafrecht AT I, 2006, § 2, Rn 9

<sup>283</sup> In diesem Sinne Rudolphi, Aspekte, 1970, 151 ff., 163; AK-StGB, 1989 -Hassemer, Vor § 1 Rn 287; Otto, Rechtsgutsbegriff, 1971, 1 ff.; Maiwald, Einwilligung, 1991, 165 ff., 170; vgl. auch Marx, M., Definition, 1972, 62; Stratenwerth, Strafrecht AT I, 2000, § Rn 7 ff.; Schmidhäuser, Strafrecht AT, Lb, 1975, 2/ 30, 8/ 28; Tiedemann, P., Tatbestandsfunktionen, 1996, 115.

<sup>284</sup> Zur „Funktionstüchtigkeit der Strafrechtspflege“, ohne die die Gerechtigkeit nicht verwirklicht werden könnte, als eigenständiges Verfassungsprinzip siehe auch schon BVerfG 33, 367 ff., 283; 44, 353 ff., 374; 46, 214 ff., 222; 74, 257 ff., 262.



(2) Aber daneben steht auch Art. 20 GG, und übrigens auch Art. 1 II GG, als eine Art von Konkretisierung des zivilisierten Menschenseins. So bildet die *Gemeinschaft* ein gleichrangiges weiteres Oberrechtsgut. Zu deren Werten zählt auch die *Gesamtheit der Werteordnung*, etwa als Rechtsgüterordnung unseres Rechtsstaates.

Die Gemeinschaft lässt sich zudem in *Staat* und *Gesellschaft* teilen. In diesem Falle tritt neben den Menschen und den Staat die Gesellschaft, in der Demokratie das Volk, in dessen Namen Recht gesprochen wird, oder auch die *Allgemeinheit*, deren Rechtstreue es mit der Strafe zu erhalten gilt. Sie bildet dann ein weiteres, im Zweifelsfalle ebenfalls gleichrangiges Oberrechtsgut.

*Wichtige Funktionen der Rechtsgutslehre im Strafrecht.* Die *Vorzüge* des rechtsethischen Denkens in Rechtsgütern liegen in einem anderen strafrechtlichen Teilbereich. Aus der Aufgabe des Strafrechts, Rechtsgüter zu schützen, sind drei kriminalpolitische Grundprinzipien abzuleiten.

Zum Schutzgut strafrechtlicher Normen dürfen, so heißt es, nur solche „*grundlegenden und eindeutig substantiierbaren sozialen Gegebenheiten und gesellschaftliche Interessen*“ erhoben werden „*die für das Zusammenleben in der Gesellschaft eine unabdingbare Voraussetzung sind*“. Oder aber auch: „*Nur solche Handlungen und Verhaltensweisen dürfen mit einer Kriminalstrafe bedroht werden, die als sozialschädliche, eindeutig antisoziale die Bestands- und Funktionsfähigkeit des sozialen Zusammenlebens aufheben oder in unerträglicher Weise beeinträchtigen*“<sup>285</sup>. Aber dazu gehören vor allem die „*elementaren Werte des Gemeinschaftslebens*“. Anderenfalls würde einer solchen Formel die *inhaltliche* Substanz fehlen. Erst die einzelnen Rechtsgüter vermögen sie zu liefern. Ebenso bedarf es auf der analogen verfassungsrechtlichen Ebene auch der *einzelnen Grundwerte*.

Die angedrohte Strafsanktion muss zum Rechtsgüterschutz geeignet sein. denn das Strafrecht greift auch in Rechtsgüter des Täters ein. Dazu gehört auch die Frage, ob die Kriminalisierung einer Handlung und die Bestrafung des Täters nicht mehr Schaden als Nutzen bewirkt. So stellt die Schaffung einer Strafnorm stets nur die „ultima ratio“ dar. Strafrecht ist subsidiär gegenüber anderen Mitteln sozialer Steuerung. Auch diese Forderungen stellen eine Folge des ethischen Ansatzes im Strafrecht dar.

Das Arbeiten mit Hilfe von einzelnen Rechtsgütern prägt das Strafrecht. Dass es ihrem Schutz und damit mittelbar auch denjenigen gilt, denen die Rechtsgüter

---

<sup>285</sup> Vgl. auch die entsprechende Definition des Rechtsgutsbegriffs bei Maurach/ Zipf, Strafrecht AT, Bd 1, 1992, § 13, Rn 9 ff.

dienen sollen, also den einzelnen Menschen und der Gemeinschaft, ist unbestreitbar.

Diese Vorzüge des Gedankens des Rechtsgüterschutzes werden im Strafrecht durchgehend genutzt. So zieht es die einzelnen verobjektivierten mediatisierten oder auch Zwischenrechtsgüter durchgehend für eine Reihe an sich wichtiger Aufgaben heran:

- für die Auslegung der einzelnen Straftatbestände im Rahmen der Erörterung des Schutzzweckes der jeweiligen Normen,  
  
zur Bestimmung des Maßes des verschuldeten Unrechts im Rahmen der Strafzumessung, also insbesondere der Intensität der Verletzung eines konkreten Rechtsguts oder Angriffsobjekts,  
  
für die Güterabwägung im Rahmen des rechtfertigenden und bei der Umschreibung des entschuldigenden Notstandes,  
  
für die Bestimmung des Versuchsbeginns (im Sinne der unmittelbaren Gefährdung des Angriffsobjektes).

Dieser Einsatz der Rechtsgutslehre verschafft ihr ein erhebliches Eigengewicht. Er untermauert die Sichtweise, das Strafen von der Werteebene aus zu deuten.

## **II. Verletzung des Achtungsanspruchs, Strafe und Kommunikation, expressiver Charakter des Strafens**

Wie passt sich die Strafbegründung mit Rechtsgutsgedanken ins Strafrechtssystem ein? Damit ist nach dem Sinn oder auch der Logik des Strafens gefragt und die Ethik herangezogen.

Die abstrakten Rechtsgüter sind dadurch zu schützen, dass das Strafrecht dafür sorgt, dass sie *grundsätzlich geachtet* werden. Die *Allgemeinheit* soll sie achten. Es geht also bei den abstrakten (wie auch bei konkreten) Werten um den *Achtungsanspruch*.

Dazu hilft schon einmal, dass ihre Verletzung im *Strafgesetz* überhaupt allgemein unter Strafe gestellt wird. „Wer“ so und so handelt, wird ... bestraft. Eine und damit jede einzelne Verletzung würde dagegen für sich betrachtet der Sicherung des allgemeinen Achtungsanspruchs nicht schaden.

Auch schadet es kaum, nicht *beweisbare Taten* nicht zu verfolgen. Denn damit ist andererseits das Rechtsgut Freiheit für Unschuldige strafprozessual abgesichert. Auch mit einer hohen Dunkelziffer kann sich diese Begründung des Strafens noch abfinden.

Dem allgemeinen Achtungsanspruch genügt -auch rechtspraktisch offenbar- im Bereich der mittleren und leichteren Kriminalität die *exemplarische Bestrafung* einiger Täter.

Der *verletzte Einzelne* hingegen erwartet intensive Ermittlungen in seinem Falle. Auch die erwarteten Rechtsfolgen differieren. Das Opfer erhofft gleich- oder vorrangig die Wiedergutmachung einschließlich der Option des Täter-Opfer-Ausgleichs. Die Gemeinschaft fordert hingegen Verurteilung und Vollstreckung als Symbol für die *Bekräftigung der Geltung der Rechtsgüter und deren Werteordnung insgesamt* ein. Dafür muss in konkrete Rechtsgüter des Täters eingegriffen werden. Die Strafraumenabsenkung im Falle des Täter-Opfer-Ausgleichs und auch die entsprechenden Auflagen im Rahmen der Strafaussetzung zur Bewährung oder die Einstellung des Verfahrens mit derartigen Auflagen sind Ausdruck einer entsprechenden „praktischen Konkordanz“. Die elementaren Werte der Allgemeinheit, die konkreten Interessen des Opfers und die Rechtsgüter des konkreten Täters sind in einen *Werte- und Interessenausgleich* zu bringen. Der Allgemeinheit genügt es, wenn der *Achtungsanspruch* gewährleistet ist. Dies geschieht auf Seiten der Täter im Ideal durch ein reuiges Geständnis und Bußleistungen als Sühne.

Diese Pragmatik ist insoweit angemessen, als es sich *nicht* um existentielle Eingriffe in die Täter- und in die Opfersphäre handelt. Sie findet in diesen Fällen im weiten politischen Bereich der Alltagsjustiz statt. Gleichheit in der Beachtung der Rechtsgüter an sich und der Rechtsgüter der einzelnen Individuen hat aber im Bereich der Kapitaldelikte und der schweren Gewalkriminalität zu gelten. Zu ihr gehören auch die schwere Gewalt in der Familie, die Kinder- und die allgemeine Zwangsprostitution. Bei ihr besteht zumindest der Anschein, als würde sie weitgehend durch die Allgemeinheit, deren Rechtstreue zu erhalten ist, für die Kunden als sozialadäquat und wertneutrale Beteiligung angesehen und diese Deliktsart vom Staat entsprechend nur exemplarisch und weniger intensiv als bestimmte Ordnungswidrigkeiten verfolgt werden, die die Allgemeinheit stören.

*Strafbegründung über den Achtungsanspruch:* Ein guter Weg der Begründung der Strafe besteht in folgender Gedankenkette. Dazu lassen sich Begriffe, die *Jakobs*, *Kindhäuser* und andere verwenden, um die Schuldhaftigkeit der Tathandlung zu beschreiben, auf die Strafe ummünzen.

So erklärt *Kindhäuser*, wie oben schon zitiert: In der Tradition von Hegel, als einer Negation des Rechts, sei mit Jakobs die Handlung das „Sich-schuldhaft-zuständig-Machens für einen Normgeltungsschaden“<sup>286</sup>. Es sei, setzt Kindhäuser folgerichtig nach, ein „Kommunikationsakt mangelnder Normanerkennung“.<sup>287</sup>

Die Verneinung (die Negation) des verletzten Wertes durch den Täter gefährdet die *allgemeine Achtung* des betreffenden Rechtsguts, zum Beispiel des Lebens, der Gesundheit oder des Eigentums. Durch die Sanktion symbolisch mit Gleichem wird der Geltungsanspruch des Werts *bekräftigt*. Mitbetroffen ist überdies immer auch, wenn man die *Gemeinschaftswerte* so weit fassen will, die Idee der *Rechtssicherheit*, also der Wert von *Recht* als solchem. Die „Bewährung der Rechtsordnung“ lässt sich auch als Gemeinschaftswert begreifen. Es wird also nicht vorrangig im Konkreten Gleiches mit Wertgleichem vergolten, sondern die allgemeinen Geltung eines allgemeinen Wertes durch einen symbolischen Akt bekräftigt.

Die Rechtfertigung der Strafe muss folglich auf der rechtsethischen Ebene der Rechtsgüter stattfinden. Die guten, also vernünftigen Gründe für die Strafe ergeben sich offenbar aus einer unausgesprochenen *Güterabwägung*. Diese Abwägung sollte allerdings offen und kommunikativ stattfinden. Dazu muss sie ausgearbeitet werden:

Die einzelne Verletzung des allgemeinen Achtungsanspruchs ist die konkrete Strafe wert. Der Täter wird genauer noch vorrangig bestraft, weil es das *allgemeine Gesetz* gibt, das „elementare Werte des Gemeinschaftslebens“ vor einzelnen schuldhaften Verletzungen schützen will.

Die Bedeutung der *ideellen Werte* verdrängt danach erstens das Gewicht des Übels der *konkreten Strafe*. Die Ideenwelt ist wichtiger als die reale *Pein* (von lat. poena) des Verurteilten. So ist beim Mord „das Leben an sich“, also auch die latente Mitgefährdung des Lebens aller Menschen, wichtiger als das Übel einer 15-jährigen Strafhaft, §§ 211, 57a StGB.

Hinzu tritt auch der Umstand, dass neben dem einzelnen Gut auch erkennbar nicht nur der Wert hinter dem einzelnen Strafgesetz, sondern mit dem Doppelbegriff des Rechtsgutes auch das *Recht als solches* selbst geschützt wird. Den Rechtsschutz als solchen sollte man - über das Rechtsstaatsprinzip in Art. 20 III GG als gesonderten *Gemeinschaftswert* anerkennen. Jedes Individualrechtsgut schützt dann immer auch einen Gemeinschaftswert mit.

---

<sup>286</sup> Jakobs, Handlungsbegriff, 1992, 44.

<sup>287</sup> Kindhäuser, Grundfragen, 2001, 638.

So ergibt sich auch eine *zusätzliche Rechtfertigungslinie*. Mit dem zusätzlichen Mitschutz des Rechtes als solchem, das einen notwendigen Teil des Rechtsgutes bildet, erhöht sich das *Gesamtgewicht*. Es wird nicht mehr nur Gleiches mit Gleichem vergolten, denn die Tat betrifft ja immer auch nicht nur die Idee, sondern auch ein konkretes Rechtsgut, etwa das Leben eines bestimmten Menschen. Es stehen sich auch schon auf der Werteebene die Ideen vom guten Recht und vom bösem Unrecht gegenüber.

Ferner ist zusätzlich der Umstand zu gewichten, dass der Angreifer mit *seiner Tat* seine *Rechtsschutzwürdigkeit* mindert. Betroffen sind die Rechtsgüter Fortbewegungsfreiheit und Vermögen auf Seiten des Straftäters. Der Täter verfügt insofern über sie, *er übt also seine Freiheit aus*, und zwar im Hinblick auf deren Rechtsschutz. Zwar liegt strafrechtlich betrachtet keine echte Einwilligung vor, aber doch eine Art von *Einwilligung* in das Risiko, bestraft zu werden.<sup>288</sup>

Diese Art der Abwägung erscheint zumindest als vertretbar.

Dennoch ist nachzuarbeiten. So ist mit *Kindhäuser*<sup>289</sup> zunächst darauf hinzuweisen, dass die Forderung nach Rechtsgüterschutz selbst noch keine Begründung für den Einsatz von Strafe darstellt. Es bedarf eben des großen nächsten Schrittes, einzelne Werte zu relativieren und in eine *Güterabwägung* einzubringen. Einzelwerte und ihre Werteordnung sagen selbst nichts weiter über Verletzungsakte aus, als dass diese ein *unwertiges Verhalten* darstellen.

*Expressiver und kommunikativer Charakter des Strafens*. Sobald die Strafe auf die *Allgemeinheit* ausgerichtet ist, hat sie *ausschließlich* einen expressiven, also kommunikativen Charakter. Sie soll etwas ausdrücken und ein recht komplexes Signal an alle setzen: Diese Straftat soll nicht sein. Das verletzte Recht soll insofern weiter gelten. Die Gefahr ist gebannt. Tatgeneigte sollen sich vorsehen.

*Günther Jakobs*<sup>290</sup> erklärt einleuchtend, mit „*dieser Deutung von „Rede“ und „Antwort“ sind Straftat und Strafe auf der Ebenen der Gesellschaft angekommen, als Kommunikation über die normative Struktur der Gesellschaft*“.<sup>291</sup>

---

<sup>288</sup> Diskutiert immerhin als Idee des Gesellschaftsvertrages von Seelmann, Vertragsmetaphern, 1991, 441 ff. 453 und abgelehnt von Hörnle, Straftheorien, 2011., Rn 47, als irrealer Unterstellung, hier aber erst einmal nur als Minderung der Schutzwürdigkeit des Rechts gemeint.

<sup>289</sup> Kindhäuser, Personalität, GA 1989, 493 ff., 506 f.

<sup>290</sup> Kindhäuser, Personalität, GA 1989, 493 ff., 506 f.

<sup>291</sup> Jakobs, System, 2012, 13 f.; von Hirsch betont die "Botschaft des strafrechtlichen Tadelns", Hirsch, A. v., Strafe, 2011, 21.

Den Hintergrund bildet unter anderem *Hegel* mit seinem Ansatz von der *Negation* des Rechts. Aber auch schon *Feuerbach* hat mit den gesetzlichen Strafandrohungen kommunikativ auf die Mitglieder der Allgemeinheit einwirken wollen. Jeder antike Gesetzgeber wählt mit seinen Gesetzestafeln diesen Weg. Auch jede öffentliche Hinrichtung dient der Kommunikation mit der Öffentlichkeit. Der *Urteilsspruch* umfasst allein dieser Teil des Rechts, hier des Strafens. Bei dem Stichwort vom expressiven Charakter des Strafens geht es also darum, dieser Seite des Strafens ein besonderes Gewicht zuzubilligen ist.

Die Tat und die Strafe sind jedenfalls unstreitig zumindest auch *Sprachakte*, mit dem Sozialphilosophen *Habermas* bilden sie eine Form des *kommunikativen Handelns*, wie sie im angloamerikanischen Kulturkreis auch *Searle* vertritt.<sup>292</sup>

Der angloamerikanische Strafrechtler *Joel Feinberg* hat 1965 einen Essay über „The Expressive Function of Punishment“ verfasst.<sup>293</sup> Auch diese Schrift hat dazu geführt, die *Sprachakt*-Theorie aufzugreifen, die das Sprechen auch als ein soziales Handeln versteht, und mit ihrer Hilfe auch in Deutschland über den „expressiven Charakter des Strafens“ nachzudenken. Dabei geht es vor allem um die *Betonung* und Wirkung der *tadelnden Missbilligung* der Tat, wie wir sie auch als *Schuldspruch* und dessen sozialethischen Bemakelung kennen und ihn eng mit dem *Strafausspruch* verbunden wissen.

*Hörnle* will die „nicht-präventionsorientierten Ansätze als expressive oder kommunikationsorientierte Strafrechtstheorien“ bezeichnen, und damit auch die herkömmliche Trennung von absoluten und relativen Strafrechtstheorien ersetzen.<sup>294</sup> Die expressiven Ansätze wiesen im wesentlichen retributive (vergeltende) Elemente des „angemessenen Umganges mit vergangenem Verhalten“ auf und hätten die „kommunikative Funktion, die an ein legitimes Interesse der Allgemeinheit oder der Straftatopfer“ anknüpfe.

---

<sup>292</sup> Habermas, Universalpragmatik, 1976/1984., 354 („der Sprecher muss schließlich eine im Hinblick auf bestehende Normen und Werte richtige Äußerung wählen, damit der Hörer die Äußerung akzeptieren kann, so daß beide, Hörer und Sprecher, in der Äußerung bezüglich eines anerkannten normativen Hintergrundes miteinander übereinstimmen können“).

<sup>293</sup> Feinberg, Function, 1965, 397 ff., 354 ff, 397 (er trennt sofort aber zwischen der harten Strafe und deren expressiven Funktion), allerdings je härte die Strafe ausfällt, desto nachdrücklicher ist auch die Funktion erfüllt.

<sup>294</sup> Hörnle, Strafrechtstheorien, 2011, 58, 24 f. Siehe auch Zürcher, Legitimation, 2014, („Legitimation von Strafe. Die expressiv-kommunikative Strafrechtstheorie zur moralischen Rechtfertigung von Strafe“), vgl. 127 (Zur *Missbilligung* als Kernelement), 130 (Die reale Strafe habe nur einen *instrumentellen* Charakter), sowie zugleich mit Blick auf die Opferseite auch: Hamel, Hamel, Strafen, 2009 , 64 (zur sprachtheoretischen Analyse der Strafe).

*Hörnle* will also zum einen den Präventionsgedanken zumindest zurückgedrängt sehen und zum anderen mit den Straftatopfern kommunizieren. Damit bewegt sie sich auf der Ebenen des Austausches, das Fairness- und damit Gerechtigkeit Elemente<sup>295</sup> aufweist.

Zwar dient die Kommunikation mit und innerhalb der Allgemeinheit nicht in erster Linie der Vermeidung von Straftaten, also der Prävention im engeren Sinne. Aber sie soll vor dem *Zerfall* des Konsenses über die (normativen) Strukturen der Allgemeinheit und damit die *Allgemeinheit selbst* schützen. Sie bildet aus *generalpräventiver* Sicht das höchste Schutzgut.

Sinnvoll ist es aber zumindest, zusätzlich die Kommunikation mit dem Straftatopfer zu betreiben. Dazu hält das deutsche Strafprozessrecht auch die Nebenklage vor, das zivile Deliktsrecht steht ihnen ohnehin offen. Sie können also sogar aktiv tätig werden, den Täter befragen und auch sonst an der Wahrheitsfindung mitwirken.

*Hörnle* will die Opfer nicht nur miteinbeziehen. Sie stellt „*das berechtigte Interesse der Straftatopfer an einem nicht trivialen, d. h. durch Übelzufügung verstärkten Unwerturteil in den Mittelpunkt*“.<sup>296</sup>

Insofern ist wohl zu unterscheiden. So wollen die Opfer selbst nicht so sehr ein Unwerturteil. Denn den konkreten Unwert erfahren sie am eigenen Leibe, sondern sie wollen üblicherweise verstehen, wie denn dieser Täter diese Tat hat begehen wollen und können. Insofern geht es ihnen zumindest auch um den zu bewertenden *Sachverhalt*, die Tataufklärung.<sup>297</sup>

Aber die „Nächsten“ der Opfer, die *nicht* selbst *traumatisch* mitbetroffen sind und auch alle empathisch Mitfühlenden und Dritten, die Teil der Allgemeinheit sind und sich bei ihr rückverankern wollen; in Anlehnung an *Hegel denken wir* entweder an die Anwendung des *allgemeinen* Strafrechts oder an Rache.<sup>298 299</sup>

---

<sup>295</sup> Ähnlich: Bröckers, Verantwortung, 2015, 317 ff. („Fairness als praxisinternes Prinzip“).

<sup>296</sup> Hörnle, Strafrecht, 2011, 58, 24 f.

<sup>297</sup> Dazu: Beschluss vom 15. Dezember 2015 - 2 BvR 2735/14 - Europäischer Haftbefehl, Abs. Nr. 57, auch hier mit etlichen Selbstziten, (Hervorhebungen nicht im Original) „Die *Ermittlung des wahren Sachverhalts*, ohne den sich das materielle Schuldprinzip nicht verwirklichen lässt, ist zentrales Anliegen des Strafprozesses (vgl. BVerfG 57, 250 <275>; 118, 212 <231>; 122, 248 <270>; 130, 1 <26>; 133, 168 <199 Rn 56>).“

<sup>298</sup> Aus philosophischer Sicht: Schramme, Empathie, 2013, 621 ff. 621 ff. („*Empathie als der Kitt des moralischen Universums*“).

<sup>299</sup> Siehe auch Kant in seiner „Anthropologie in pragmatischer Hinsicht“; Hervorhebungen nicht im Original, Kant, Anthropologie, 1798, AA, VII, 236: „*Empfindsamkeit ... ist ein Vermögen und eine Stärke*, den Zustand sowohl der Lust als Unlust zuzulassen, oder auch vom Gemüth abzuhalten, und *hat also eine Wahl*. ...denn der Mann, welcher einem Weibe oder Kinde

Offenbar reicht der verbale Schuldspruch nicht aus. Es bedarf mit *Hörnle* dessen schmerzhafter Verstärkung.<sup>300</sup>

Aber es fehlt bei dieser kommunikativen Deutung neben der Allgemeinheit und den Straftatopfern aber zumindest noch ein dritter Adressat, derjenige, an den sich der Schuldspruch richtet, der Täter.

Mit den Worten von der „Eigen- oder Selbstverantwortung“ wird zudem deutlich, dass der Täter die Tat nicht vorrangig gegenüber den Opfern oder vor der Allgemeinheit zu rechtfertigen hat, sondern vor sich selbst; man kann auch sagen vor seinem „Selbst“, das den Kern seine „Autonomie“ ausmacht. Mit *Kant* hat er dazu das allgemeine Gesetz, das er als ein Vernünftiger als Imperativ in sich trägt, verletzt.

Der expressive Charakter der Strafe, der heute so häufig und zu Recht angesprochen wird, steckt seit langem schon im Wort von der „*Verantwortung*“. Aber der Eigenverantwortung fehlt der expressive Gedanken der Kommunikation *mit anderen*. Sie beinhaltet bestenfalls eine Auseinandersetzung mit sich selbst, seinem Gewissen oder seinem Überich. Man kann die insofern „Schuld“ auch als *Selbstwiderpruch*<sup>301</sup> verstehen. Ansonsten aber tritt der Täter im Modell von der Selbstverantwortung die Lawine der Strafe, samt der Missbilligung durch seine Tat, also einen Realakt los. Dem entspricht auch der Realakt der Vollstreckung.

Folgt man dem Gedanken der Einwilligung des Täters in das Risiko seiner Bestrafung, so ist dies auch ein kommunikativer Akt, zunächst eine *konkludente Erklärung* gegenüber sich selbst und dann der Allgemeinheit, deren Recht ihn straft und auch der Opfer und der Nächsten gegenüber. Aber aus der Tätersicht handelt es sich eigentlich eher um ein *Einverständnis*, denn der Wille muss *nicht*

---

Beschwerlichkeiten oder Schmerz ersparen will, muß so viel feines Gefühl haben, als nöthig ist, um anderer ihre Empfindung nicht nach seiner Stärke, sondern ihrer Schwäche zu beurtheilen, und die *Zartheit einer Empfindung ist zur Großmuth* nothwendig. Dagegen ist die *thatleere Theilnehmung* seines Gefühls, *sympathetisch* zu anderer ihren Gefühlen das seine mittönen und sich so bloß leidend afficiren zu lassen, läppisch und kindisch.“ Dazu auch Klemme, „Erkennen, Fühlen, Begehren – Selbstbesitz. Reflexionen über die Verbindung der Vermögen in Kants Lehre vom Kategorischen Imperativ“, im Sammelband „Affektivität und Ethik bei Kant und in der Phänomenologie“, Klemme, Erkennen, 2014, 79 ff. , 83 (Er betont einsichtig, Kant unterscheide in seiner Vermögenslehre "zwischen dem (a) Erkenntnisvermögen (im engeren Sinne des Wortes) (b) dem Gefühl der Lust und (c) dem Begehrensvermögen"). - Vermögen meint also, eine Wahl treffen zu können.

<sup>300</sup> Hörnle, Straftheorien, 2011, 45, Strafsanktion als "Verstärkung und Ausdifferenzierung des kommunikativen Aktes."

<sup>301</sup> Vgl. auch Zabel, Schuldtypisierung, 2007 , 402 („Schuld als selbstwidersprüchliche Weltinterpretation“).



außer durch die Tat, die der Täter mit Unrechtsbewusstsein durchführt, ausdrücklich erklärt sein.

Dennoch geht es um mehr als um ein kommunikatives Signal der *Missbilligung*, das durch die Ankündigung und den Vollzug der Strafe verstärkt wird.

Es geht *auch* um einen gewichtigen Realakt, und zwar vor allem bei der zu vollstreckenden Freiheitsstrafe. Denn Geldbußen mag man noch vorrangig als symbolische Denkmälerstrafen begreifen. Diese Deutung ist für den Strafvollzug jedoch unangemessen. Der Täter soll mit ihm „erfahren“, er soll also spüren, was denn seine Tat wert ist. Die Mitteilung von seiner Bestrafung beinhaltet also eine Botschaft, die die Adressaten, die Allgemeinheit, die Opfer und im Idealfalle auch den Täter selbst, *befriedigen* soll. Sie lautet, es geschieht sozialreale *Buße*, die der Versöhnung dient oder zumindest dienen soll. Die normative Missbilligung und das faktische Übel<sup>302</sup> gehören zusammen.

So ist besser zu trennen. Für den *Täter* steht die *reale* „Pein“, die fehlende Fortbewegungsfreiheit oder der Verlust von Geld, als Buße, im Vordergrund, für die Allgemeinheit die symbolische *Botschaft*. Auch die individuellen Opfer erleiden selbst Schmerzen, schwere psychische Belastungen oder zumindest einen gravierenden Vertrauensverlust. Auch wenn sie zwar nicht stets die Strafe wollen, so liegt ihnen doch zumeist an der *kommunikativen* Aufklärung von Tat und Tätermotiven als Teil der Aufarbeitung ihres eigenen *seelischen Traumas*.

Insofern bedient die Idee vom *expressiven und kommunikativen* Charakter der Strafe *vorrangig* den *generalpräventiven* Ansatz. Denn eine Gemeinschaft existiert vor allem durch Kommunikation und Kooperation. Den Täter trifft aber selbst vorrangig die Pein, auch wenn sie ihm vermitteln soll, was er getan hat.

Doch lässt sich diese Idee auf andere Weise auf den *Täter* übertragen. So kann er, vor allem auf er die Beschuldigung, die in im Ermittlungsverfahren und dann als Angeklagter trifft, antworten. Er kann vor allem mit einem Geständnis *kommunikativ* und *tätiger Reue* auch tatsächlich die Verantwortung für seine Tat übernehmen. Dann müssen wir ihm seine Eigenverantwortung nicht nur schmerzhaft verdeutlichen, sondern er kann sie auch tatsächlich übernehmen. Auf diese Weise kann er folgerichtig uns und sich einen Teil der Straf-Kommunikation ersparen. Mit *Jakobs* widerspricht der geständige Täter selbst mit seinem Sprachakt der Negation des Rechts und bekräftigt dessen Geltung. Es bleibt dann aber immer noch ein Teilakt, den der tätigen Reue, indem er die gemilderte Strafe, als die Seine, annimmt.

---

<sup>302</sup> Satzger, SSW StGB, 2017, Einleitung, Rn 2, spricht schlicht und kurz von „kumulativ Übelszufügung und Missbilligung“.

Dabei schreiben wir dem Täter nicht nur die humane Grundfähigkeit, Verantwortung selbst zu übernehmen zu, sondern bekunden mit ihr zugleich die Geltung der allgemeinen Idee von der Begabung des Menschen mit der Einsicht vom Eigenwert von sozialrealer Kommunikation und Kooperation.

*Fazit:* Vereinfacht bildet die *vollstreckte Strafe* für den einzelnen *Strafgefangenen* vor allem einen Realakt. Für die *Gesellschaft* aber erweisen sich die Schritte zum Vollzug vor allem als Teil der Kommunikation. Das allgemeine *Gesetz*, der öffentliche *Prozess* mit dem öffentlichen Urteilsspruch dienen vor allem ihrem Anliegen. Faktischer Vollzug und normative Missbilligung sind zwar in *dualistischer* Weise zu trennen, aber sie gehören zugleich als ein Strafpaar eng zusammen.

## 7. Kapitel

### Allgemeine Generalprävention II: Fortentwicklung

#### I. These: Rechtsstaats- und Gerechtigkeitsidee als Strafpflicht

*Gerechtigkeit als Strafpflicht:* Grundsätzlich besteht eine *Schutzpflicht* des Staates, ausdrücklich für die Menschenwürde, Art. 1 GG, und ebenso auch für alle Freiheitsgrundrechte.<sup>303</sup> So bildet auch die „Sicherheit einen Aspekt der Freiheit“<sup>304</sup>,

Aber daraus ergibt sich nicht zwingend eine Strafpflicht. Sie ergibt sich auch nicht allein aus der Überidee von der „Strafwürdigkeit“.<sup>305</sup>

Unstreitig kann Rechtsgüterschutz auch anders betreiben werden, wie die Begründung des *Bundesverfassungsgerichts* im Abtreibungsurteil zeigt, in dem es über eine *Strafpflicht* des Staats zu entscheiden hatte.<sup>306</sup> Grundsätzlich werden die Freiheitsgrundrechte oder auch die Rechtsgüter vor allem durch polizeiliche Gefahrenabwehr und steuerliche Entlastungen ebenso wie durch Strafen erhalten und gepflegt. Auch staatliche Hilfen für die Opfer dienen diesem Zweck. Notfalls stehen den Bürgern die Not- und Selbsthilferechte offen, vor allem die Notwehr, § 32 StGB. Eigentlich müssten diese Fragen in jedem konkreten Falle geprüft werden, ob und welches Mittel die Rückfallgefahr erlaubt. Dies wäre dann die „Strafbedürftigkeit“, als Gefahrenabwehr, die die wertende Strafwürdigkeit ergänzt.

Mit der Strafe aber betreibt der Staat den Freiheitsrechtsschutz durch die Verletzung von Freiheitsrechten, ohne recht zu wissen, ob dieser Täter überhaupt wieder einmal straffällig sein wird. Zumal wer von der Willensfreiheit ausgeht, der kann diese Prognose kaum überzeugend fällen. Konsequenz wäre es dann ein Maßregelrecht der Besserung und Sicherung, im Sinne der § 61 ff. StGB, zu entwickeln und kein Schuldstrafrecht vorzusehen.

---

<sup>303</sup> BVerfG 92, 26, 46 („Vielmehr verpflichtet sich der Staat auch, diese Freiheitssphäre zu schützen und zu sichern. In dieser Schutzpflicht entfaltet sich der objektive Gehalt des Grundrechts“).

<sup>304</sup> Di Fabio, Sicherheit, NJW 2008, 421 ff. (422), Murmann, Grundkurs, 2015, § 8 Rn 2.

<sup>305</sup> Hassemer / Neumann, NK StGB, 2017, Vor § 1 Rn 53, 58, die im Sinne eines Oberbegriffes nach der „Strafwürdigkeit“ fragen und auch das „Rechtsgut“ als „zentrales Kriterium um eine gerechten Strafwürdigkeitsbestimmung“ ansehen, Rn 62.

<sup>306</sup> So in seinem Absprache-Urteil: BVerfG, 2 BvR 2628/10 vom 19.3.2013, Absatz-Nr. (1 - 132), Abs.-Nr. 55.

Diesen Problemen<sup>307</sup> könne wir nur entgehen, wenn wir eine *grundsätzliche Strafpflicht* anerkennen.<sup>308</sup> Diese Folgerung schließt mit ein, dass *andere Pflichten* auf derselben Ebenen mit zu berücksichtigen sind, wie solche, die sich aus dem Gedanken der Achtung der Menschenwürde des Täters ergeben, etwa als Verbot der Todesstrafe, oder die aus der Idee der Solidarität im Sinne des gesellschaftlichen Zusammenhaltes entspringen, wie die Einführung der Sicherungsverwahrung. Insofern ist dann im *nächsten Schritt* nach einer „praktischen Konkordanz“ der Idee und der Pflichten, die sich daraus ergeben, zu suchen.

Dieses Strafgebot muss zumindest denselben Rang besitzen wie die Werteordnung. In der Tat ergibt es sich aus der Idee des Rechts (und damit auch des Rechtsteiles der Rechtsgüter). So erklärt das *Bundesverfassungsgericht* immerhin auch: „*In dieser Schutzpflicht entfaltet sich der objektive Gehalt des Grundrechts*“.

Als materieller Kern des Rechts gilt die Idee von der *Gerechtigkeit*, die in Art. 20 GG verankert ist.<sup>309</sup> So erklärt das *Bundesverfassungsgericht*:

„*Das Rechtsstaatsprinzip umfasst als eine der Leitideen des Grundgesetzes auch die Forderung nach materieller Gerechtigkeit (...) und schließt den Grundsatz der Rechtsgleichheit als eines der grundlegenden Gerechtigkeitspostulate ein...*“

An anderer Stelle erklärt es zudem:

„*Das dem Täter auferlegte Übel soll den schuldhaften Normverstoß ausgleichen, es ist Ausdruck vergeltender Gerechtigkeit*“<sup>310</sup>

---

<sup>307</sup> In diesem Sinne fragt auch Prittwitz, Strafrecht, ZStW 2017, 390 ff. : „Das Strafrecht: Ultima ratio, propria ratio oder schlicht strafrechtliche Prohibition?“ - die „eigene Vernunft“ des Strafrechts führt zu einer Strafpflicht.

<sup>308</sup> Dazu ausführlicher Feltes, Strafanspruch, 2007, Teil 9. 1 ff. Feltes wendet sich, wie oben im Zusammenhang mit der Einordnung des Strafrechts als einem seltsamen, zumindest auch *vorkonstitutionellen Rechts*, schon angemerkt, gegen die Ableitung aus dem Rechtsstaatprinzip „für sich allein“, jenes sage es nichts zum Mittel der Strafe, Teil 9. 8. Feltes selbst befürwortet die Ableitung aus der allgemeinen Schutzpflicht Art. 2 I GG, Teil 9. 9., dort auch zur Erweiterung auf die überindividuellen Rechtsgüter. Dann aber müsste die Wirksamkeit für den *konkreten* Werteschutz nachgewiesen werden und es handelte sich beim Strafrecht um eine Art von polizeilichen Recht der Gefahrenabwehr. So betrachtet kommt die abstrakte Strafidée zur Erhaltung der Rechtstreue zu kurz. Auf dieser Ebene aber greift die auch *Rechtsstaatsprinzip* des Art 20 GG *immanente* (und es auch überwölbenden) *Idee des gerechten Rechts*. Sie gebietet ein Gerade-Richten des Krummen, und zwar auch auf der ideellen Ebene der Werte.

<sup>309</sup> BVerfG 39, 1 ff.

<sup>310</sup> BVerfG 110, 1, 13.

Der Täter erweist sich insofern ein *Rechtssubjekt* in Wortsinne, er ist dem materiellen Kern des Rechts unterworfen. Daraus ergibt sich *seine Pflicht*, die Strafe zu ertragen, Begreift er sich als *autonomes* Wesen, so bildet die Gerechtigkeit, was immer in Einzelnen auch darunter zu verstehen ist, den Kern seiner eigenen Fähigkeit, sich selbst Gesetze zu geben. Sich an ihnen „ausrichten“ zu können, und sei es auch mit Schmerzen (Pein) gehört dann zu seinem Wesen. Der Täter wird dann also nach den Regeln seines eigenen Unrechtsbewusstseins (seines Gewissens oder Überichs) bestraft. Dieses erfasst typischer Weise die allgemeinen Normen, die er üblicherweise in seiner Laiensicht verinnerlicht hat. Die „Schuld“ zu tragen, weil er bei der Tat das „Unrechtsbewusstsein“ hat, ist dafür der übliche Ausdruck.

Das *Bundesverfassungsgericht* erklärt in seiner Entscheidung zum europäischen Haftbefehl (2015):<sup>311</sup>

*„Der Schuldgrundsatz ist somit zugleich ein zwingendes Erfordernis des Rechtsstaatsprinzips. Das Rechtsstaatsprinzip ist eines der elementaren Prinzipien des Grundgesetzes (...). Es sichert den Gebrauch der Freiheitsrechte, indem es Rechtssicherheit gewährt, die Staatsgewalt an das Gesetz bindet und Vertrauen schützt (...). Das Rechtsstaatsprinzip umfasst als eine der Leitideen des Grundgesetzes auch die Forderung nach materieller Gerechtigkeit (...). Die Strafe muss in einem gerechten Verhältnis zur Schwere der Tat und zum Verschulden des Täters stehen (...). In diesem Sinne hat die Strafe die Bestimmung, gerechter Schuldausgleich zu sein (...).“*

*Gerechtigkeit und Tatstrafrecht.* Aus der uralten Gerechtigkeitsidee entstammt - immer noch- die Strafpflicht. Schon *Platon*, *Aristoteles*<sup>312</sup> und auch *Kant* sehen

<sup>311</sup> Beschluss vom 15. Dezember 2015 - 2 BvR 2735/14 Abs. Nr 55 „Der Schuldgrundsatz ist somit zugleich ein zwingendes Erfordernis des Rechtsstaatsprinzips. Das Rechtsstaatsprinzip ist eines der elementaren Prinzipien des Grundgesetzes (BVerfG 20, 323 <331>; 133, 168 <198 Rn 55>). Es sichert den Gebrauch der Freiheitsrechte, indem es Rechtssicherheit gewährt, die Staatsgewalt an das Gesetz bindet und Vertrauen schützt (BVerfG 95, 96 <130>). Das Rechtsstaatsprinzip umfasst als eine der Leitideen des Grundgesetzes auch die Forderung nach materieller Gerechtigkeit (vgl. BVerfG 7, 89 <92>; 7, 194 <196>; 45, 187 <246>; 74, 129 <152>; 122, 248 <272>) und schließt den Grundsatz der Rechtsgleichheit als eines der grundlegenden Gerechtigkeitspostulate ein (vgl. BVerfG 84, 90 <121>). Für den Bereich des Strafrechts werden diese rechtsstaatlichen Anliegen in dem Grundsatz aufgenommen, dass keine Strafe ohne Schuld verwirkt wird (BVerfG 95, 96 <130 f.>; 133, 168 <198 Rn 55>). Gemessen an der Idee der Gerechtigkeit müssen Straftatbestand und Rechtsfolge sachgerecht aufeinander abgestimmt sein (vgl. BVerfG 20, 323 <331>; 25, 269 <286>; 27, 18 <29>; 50, 205 <214 f.>; 120, 224 <241>; stRspr). Die Strafe muss in einem gerechten Verhältnis zur Schwere der Tat und zum Verschulden des Täters stehen (vgl. BVerfG 20, 323 <331>; 45, 187 <228>; 50, 5 <12>; 73, 206 <253>; 86, 288 <313>; 96, 245 <249>; 109, 133 <171>; 110, 1 <13>; 120, 224 <254>; 133, 168 <198 Rn 55>). In diesem Sinne hat die Strafe die Bestimmung, gerechter Schuldausgleich zu sein (vgl. BVerfG 45, 187 <253 f.>; 109, 133 <173>; 120, 224 <253 f.>; 133, 168 <198 Rn 55>).

die Gerechtigkeit einprägsam als das Gerade-Rücken von etwas Krummem, und zwar je nach ihren Blickwinkeln staatspolitisch gewaltsam oder zivil und normativ.<sup>313</sup> Ist der Ausgleich nicht in anderer Weise zu erlangen, so ist strafweise vorzugehen. Ist ein allgemeiner *Geltungsanspruch* verletzt, so dient die Strafe der Bekräftigung dieses Geltungsanspruchs. *Kant* sieht das Strafgesetz als einen *kategorischen Imperativ*.<sup>314</sup> Dieses allgemeine Handlungsgebot, etwas gerade zu richten, steckt zudem im strafrechtlichen *Schuldprinzips*. Die Tatschuld steht zwar mit Art und Gewicht des betroffenen Rechtsgutes in einer engen Beziehung. Wir nutzen die Rechtsgüterlehre gerade auch für diese Bestimmung des Unwertgehaltes, und zwar des Tatbestandes im Abstrakten wie im Konkreten des verschuldeten Unwertes.

Aber die Grundidee dieses Übel, die Tatschuld, *auszugleichen*, beinhaltet die uralte Idee der Gerechtigkeit, etwas gerade zu richten. Dieses Krumme, das gerade zurichten ist, stellt nicht einmal die *Tatschuld* dar, sondern vor allem die *Unrechtstat* dar.

Die beiden Thesen lauten also: Die Unrechtstat ist *absolut gesetzt*, wie es die *Tatbestände* des Strafgesetzbuches es belegen. An ihnen misst sich dann auch die *Art der Gerechtigkeit*.

Die *Strafgerechtigkeit* besteht also im Verbund von *actio und reactio*, als Tatübel und Strafübel mit dem Ziel des Ausgleichens.

Auch die *Kritik* ist mit zu bedenken: Auf diese Weise findet eine allerdings übliche und bewusste *Reduktion der Komplexität* statt, die wir als positives Vergelten auch als Einzelakte der Kommunikation oder der Kooperation oder als Interaktion und dann auch als Tauschgerechtigkeit auf dem Markt kennen. Die *Komplexität des Lebens* in einer bestimmten *Umwelt* zerlegen wir in *kleine kontrollierbare Aktionen*.

Ausgeblendet wird *zunächst*, dass die Tat von einem Akteur begangen wird, also vor allem einem *einzelnen Menschen*, und dass sie innerhalb einer bestimmten

---

<sup>312</sup> Siehe erneut: Platon, Protagoras (Eigler), 1990, 83 ff., 325 d f. ("...wo nicht, so suchen sie ihn, wie ein Holz, das sich geworfen und gebogen hat, wieder gerade zu machen durch Drohungen und Schläge"). Aristoteles, Nikomachische Ethik (Dirlmeier), 1999, Buch II 9, 1109b ("Denn indem wir dem Verkehrten recht weit aus dem Weg gehen, werden wir zu Mitte gelangen, ähnlich wie man es macht, um krummes Holz gerade zu biegen").

<sup>313</sup> Kant bietet eine verwandte Definition nicht des Richtens, sondern des *abstrakten Rechts*: Kant, Metaphysik, 1797, AA, VI, 233 ("*Das Rechte ( rectum ) wird als das Gerade theils dem Krümmen, theils dem Schiefen entgegen gesetzt.*"); zudem: Siep, Naturgesetz, 1993, 132 ff., 137. siehe aber auch Kant, AA VIII, 23, „...aus so krummem Holze, als woraus der Mensch gemacht ist, kann nichts ganz Gerades gezimmert werden“, dazu auch: Klar, Moral, 2007, 119.

<sup>314</sup> Kant, Grundlegung, 1785, AA, IV, 421.“

Umwelt stattfindet. Diese vor allem *soziale Umwelt* reagiert dann auch, vor allem als kollektiver Akteur, weil sie und ihr Mitglieder von der Aktion des Täters betroffen sind. Dasselbe gilt auch für den Gegenakt der Strafe, sie trifft in Wirklichkeit einen einzelnen Menschen innerhalb einer bestimmten Gesellschaft.

Die *Replik* lautet dann auch: Eben deshalb legen wir die *Tat* und auch die *Gegentat* auch *anschließend* nach Sinn und Zweck, für den Einzelnen nun für die Gesellschaft passend aus. Aber der *Kern der Strafgerechtigkeit* besteht im Gerade-Richten einer krummen Tat. Aus ihr ergibt sich die Strafpflicht.

*Ausgleich von unberechtigtem Autonomiegewinn.* In einem System der Freiheits- und Bürgerrechte lautet die *Formel*:

Der Täter hat sich willkürlich und rücksichtslos „*Freiheit*“ genommen, auf die er kein Recht hatte, und so müssen wir ihm mit der Strafe die *Freiheit* nehmen, allerdings angemessen, auf rechtliche Grundlagen und human.

Anzufügen ist, dass zivilrechtlicher Schadensersatz allein nicht ausreicht. Denn dem Täter *gewinnt* die höchstpersönliche *Erfahrung von willkürliche Freiheit* und der *Status* unter seinen Nächsten und Seinesgleichen, so handeln zu können. Beides bleibt ihm, solange bis eine schmerzliche *Gegenerfahrung* korrigierend auf ihn einwirkt und der Schuldspruch seinen Sonderstatus rückwirkend aufhebt. So betreiben wir -vor allem mit der Strafe- den gerechten Ausgleich.

Methodisch wird zugleich deutlich, dass die *Strafpflicht* sich zwar aus der *jeweils* für vorrangig erachteten *Strafbegründung* ergibt, dem man den Vorrang einräumt. Wer etwa dem Gedanken des Rechtsgüterschutzes den Vorrang einräumt, wird zunächst einmal daraus die Strafpflicht ableiten. Doch die Idee des Rechtsgüterschutzes beinhaltet ihrerseits zugleich der Idee des *allgemeinen Rechts*, das Krumme gerade zu richten.

Auch bereits die angeblich rein relativen Straftheorien von *Feuerbach* und *Liszt* bewegen sich, wie zu zeigen war, in einem Gesamtkonzept, zu dem auch die Anerkennung der Rechtsidee des *allgemeinen Gesetzes* zählt. Die Idee des allgemeinen Gesetzes bildet im Kern nichts weiter als den verobjektivierten kantschen *kategorischen Imperativ* für das gute Verhalten. In ihm wiederum steckt dann als *Folge* auch das Gebot des Gerade-Richtens des Krummen. Recht ist kein Recht, wenn es nicht auch der *Ausrichtung* dient.

Der freie Willen des Täters bildet die Grundlage. Aber seine zusätzliche Fähigkeit zu *Autonomie*, führt dazu, dass er selbst mit der Tat die Strafe auslöst, gleichsam, wie eine Lawine. Er bestraft sich selbst, und zwar in einer Art von

*mittelbarer Täterschaft* durch das „ewige“ *Gesetz der Gerechtigkeit im Sinne der Wechselseitigkeit (Reziprozität)*, das *in ihm wohnt*, und das hier zudem als eine Art von höchstem objektiven allgemeinen „Naturgesetz“ auftritt. Praktisch nachgefragt, gibt es viele erwachsenen Menschen, die nicht den einfachen Gedanken der *Tauschgerechtigkeit* kennen oder die nicht einmal das Gefühl von Ungerechtigkeit gespürt haben?

Hier allerdings wird die Idee von der Wechselseitigkeit nicht als ein Ausgleichsgebot wie sonst üblicherweise im Konkreten verwendet. Es gilt zunächst auf der abstrakten Rechtsebene.

Das Ausmaß der Verletzung des *Geltungsanspruchs* eines Rechtsguts oder mehrerer Rechtswerte ist *ausgleichen*. Hinzu kommt auch der Angriff auf die *Geltung von Recht* als solchem, das als ein *Gemeinschaftswert* zu deuten ist.

Folgerichtig ist auf die Handlungen von Rückfall- oder Mehrfachtätern auch nachdrücklicher zu reagieren.

Der Adressat ist aber bei allen vorrangig generalpräventiven Strafdeutungen die Allgemeinheit und nur mittelbar der Täter. Das *Signal der Strafe* sendet die Allgemeinheit *an sich selbst* und es dient ihr zur Selbstvergewisserung. Eine solche Missachtung eines elementaren Wertes *soll nicht sein*. Dafür bedarf es aber noch keiner Strafe, also einer weiteren Werteverletzung unsererseits, also von Seiten der Strafenden.

In Anlehnung an *Hegel* setzen wir der *Negation* des Rechts durch den Täter *symbolisch* die *Negation* der Rechtsgüter des Täters entgegen. Dabei agiert für uns Demokraten unser Rechtsstaat. Wir, die Demokraten lassen strafen, um uns selbst *bildhaft* mit *eigenen Schmerzen* und über die festen Riten des Prozesses zu *zeigen*, welche unserer Werte betroffen sind und in welchem Maße der Täter, in der Regel eine Mitdemokrat und Mitglied der Allgemeinheit, diese Werte, genauer ihren Achtungsanspruch beeinträchtigt hat.

Auf der Ebene der Allgemeinheit zuende gedacht, strafen wir uns also vor allem selbst und büßen auch selbst, indem wir die elementaren Rechtswerte *eines Mitgliedes der Allgemeinheit* (der demokratischen Nation oder der gesamten Menschheit) opfern.

Der Einzelne bildet dabei beides, er ist bloßes Mittel zum Kommunikationszweck und zugleich ein Teil der Allgemeinheit der demokratischen Subjekte.



Diese Logik der Selbstbestrafung ist nicht unbekannt. Sie spiegelt die Schuldstrafe, wenn wir erklären, der Täter habe schon mit seiner Tat die Strafe verwirkt. Er bestraft sich also selbst, sodass es nicht wir sind, die strafen.

Damit wollen wir nicht nur den Achtungsanspruch bekräftigen, den der Täter mit seiner Tat bedroht hat; wir dienen und gehorchen zugleich der Rechtsidee der *ausgleichenden Gerechtigkeit*, indem wir sie im Abstrakten wie auch im Konkreten ausüben.

Allerdings provoziert diese, wie jede starke Idee auch eine mächtige Gegenidee. Zum Recht gehört die Humanität, früher als Pole von Recht und Gnade (oder Barmherzigkeit oder Solidarität). Neben der Tauschgerechtigkeit kennen wir auch die zuteilende Gerechtigkeit. Die Strafenden können, weil auch im Willen frei, aus humanen Gründen vor allem die Strafen auch mildernden, und auf die Todesstrafe verzichten. Aber die Begründung des Strafens, und damit die *Strafpflicht des Vernünftigen* beruht, anders als ein etwaiger Strafverzicht, auf der Rechtsidee.

Dazu bietet es sich an, die *Gerechtigkeit* als Teil der *Rechtsidee* des Art. 20 GG zu lesen und die Idee Gerechtigkeit -insofern- als *Gemeinschaftswert* zu verstehen.

*Pflicht zur Wahrheitserforschung.* Damit ist dargetan, wie das Strafen auf der abstrakten Rechtsgutsebene und im Verbund mit der Strafpflicht aus der *Gerechtigkeitsidee* zu rechtfertigen ist. Man kann auch von der ethischen oder der moralischen Rechtfertigung des Strafens sprechen. Damit geht die *Pflicht zur Wahrheitserforschung* einher. Nur auf eine Tat ist im Tatstrafrecht zu reagieren, nicht auf den bloßen Tatverdacht. Wir müssen also zumindest den Verdachtslagen in *Gefährdungssdelikte* umformen oder auch bei Zweifel am Vorsatz auf Fahrlässigkeiten zurückgreifen können.

*Zivilisatorischer Überbau:* Aber die strenge Gerechtigkeit allein reicht nicht. Der die blinde Gerechtigkeit überwölbende Verbund lautet „*Freiheit, Gleichheit und Solidarität*“. Gleichheit als blindes Ausgleichen bilden den Kern der Gerechtigkeit, aber sie erhält Einzelwerte, Sinn und Maßstäbe erst durch die kreative Freiheit des Individuums einerseits und die mitfühlende Solidarität andererseits. Solche Werte kann das Recht wiederum in Rechtsform bringen und institutionalisieren.

Am Ende steht also eine kulturelle Güterabwägung oder auch eine praktische Konkordanz von gerechten *Recht* und empathischer *Humanität*. Das Ergebnis lautet für unser Strafrecht, Strafrecht darf nicht nur sein, sondern *Strafrecht*

*muss sein*<sup>315</sup>, aber in humaner Form und nur mit bestimmten formalen gesetzlichen Vorgaben.

## **II. Schutzidee und Selbsterhaltung, utilitaristische Strafbegründung über Güterabwägung; Begrenzung der Strafe über die absolute Menschenwürde**

Vom Sinn und Wert des Strafens ist formal zum Zweck- und Schutzdenken hinüber zu wechseln. Damit ist aus generalpräventiver Sicht die Sozialschadenslehre weiter zu betrachten. Strafe muss danach nicht gut, sondern nützlich sein, am besten notwendig und eine Art von Sachzwang darstellen.

Aber dass die „praktische Vernunft“ am Ende nach beiderlei Arten von Gründen verlangt und sie kaum trennbar vermischt vorhält, zeigt sich dann schon beim Begriff des Rechtsgüterschutzes und der Gerechtigkeitsidee als Teil der (westlichen oder auch jeder) Gesellschaftsidee.

Das Vergelten findet noch um seiner selbst willen statt, also im Sinne der Gerechtigkeitsidee. Es ist rückwärts gerichtet und war ursprünglich vor allem von konkreter Art (Auge um Auge). Das konkrete Geraderichten gilt als *Endziel* oder auch als *Selbstzweck*. Das Vergelten ist eigentlich mechanisch und blind, also zweckfrei. So hat schon *Platon*<sup>316</sup>, an dessen *Zweifel Stratenwerth* erinnert<sup>317</sup>, gefragt, ob dieses Strafen nicht eine vernunftlose Rache sei, eine sinnwidrige und am Ende zerstörerische Reaktion. Aber *Platon* hat sich auch für das Gerade-Richten ausgesprochen, das als die vernünftige Reduktion für das wilde Rächen zu betrachten ist. Davon abgesehen dürfte auch die Drohung mit der Rache eines Familienverbandes dieselbe Art von abschreckender Wirkung besitzen wie die Sanktionsdrohungen des Staates. Daran ändert nichts, dass beide Drohungen auch zu missbrauchen sind.

Deshalb ist das *nachträgliche* Vergelten von dem allein nach *vorn* blickenden Schutzgedanken zu trennen. Der Schutzgedanke geht auf der

---

<sup>315</sup> Dazu die Schrift des früheren Vizepräsidenten des Bundesverfassungsgerichts und Strafrechtslehrers Hassemer, „Warum Strafe sein muss: Ein Plädoyer“, Hassemer, Strafe, 2009 („...fundamentale Regeln, die nicht ausdrücklich in der Verfassung stehen, die jedoch unsere Rechtskultur ausmachen, an der unser Herz hängt: Regeln, deren systematische Verletzung uns in eine andere Art von Alltagswelt und Gesellschaft katapultieren würde und die die allermeisten von uns deshalb nicht ertragen könnten.“). Dazu die sozialliberale Kritik von Pawlik, Hassemer, 2009 1 f., 1 f., der diesen Satz aufgreift. Beide haben recht. Es handelt sich um eine *althergebrachte* kulturelle Vorgabe, die nur mit einem mächtigen Kulturwechsel zu ändern wäre, an dem etwa auch Pawlik arbeitet.

<sup>316</sup> Platon, Protagoras, (Eigler), 1990, 324 a, b.

<sup>317</sup> Stratenwerth, Strafrecht AT I, 2000, § 1 Rn 2.

generalpräventiven Ebene mit der Idee vom Sozialschaden einher. Allgemein geht darum, die Existenz und den Handlungsfreiraum von souveränen Akteuren oder Personen zu schützen. Alle Lebewesen schützen sich selbst oder werden untergehen. Die Schutzidee ist also eng mit dem *biologischen Selbsterhaltungsprinzip* verbunden. Im Recht können es kollektive Personen sein, wie die Gesellschaft, oder der exekutive Staat, oder individuelle Personen, wie der Einzelne, oder etwa auch juristische Personen des öffentlichen oder des privaten Rechts.

Rechtsinstitute wie die Notwehr oder der rechtsfertige Notstand stehen für diesen Schutzgedanken, sei es als Selbstschutz oder als Schutz dritter Personen.

Die Idee vom Rechtsgüterschutz begreift die Rechtsgüter als solche der „Allgemeinheit“. Diese gilt es -am Ende- zu schützen; sie ist die eigentliche Trägerin des Rechtsgüterschutzes. Ihr vages und vieles umfassendes Wesen wird dabei umgekehrt durch die verschiedenen Rechtsgüterarten bestimmt.

Der Rechtsgüterschutz ist in seiner *Schutzform* lediglich auf die *Prävention* ausgerichtet und verlangt für sich allein auch nicht einmal eine der Wertverletzung angemessene Strafe.

Das Maß des Schutzes bestimmt Art und Umfang des Präventionsbedürfnisses (falls dies denn überhaupt einigermaßen zu bestimmen ist). Besteht also nach der Tat keine Gefährdung für die Rechtsgüter mehr, etwa weil das Dritte Reich oder das DDR-Unrechtssystem untergegangen ist, so bedarf es -allein danach- keiner Sanktion, auch nicht für Tötungsdelikte.

Auch bilden alle *konkreten* Sanktionen eher eine *Maßregel der Besserung und Sicherung* denn eine Strafe im herkömmlichen Sinne. Sie dienen aber der Allgemeinheit.

Wer nun mit guten Gründen meint, Gerechtigkeit durch Vergeltung zu üben, habe auch eine *generalpräventive Wirkung*, der gelangt auf dem Umweg über die *Gerechtigkeitslehre* zum Rechtsgüter- und zum Schutz der Allgemeinheit. Aus der Sicht der *vagen Vereinigungstheorie* bietet es sich an, solche Querverbindungen zu ziehen und damit ihre Komplexität zu nutzen. Reine Einzellehren erlauben Querbezüge jedoch nicht. Sie müssen dafür nicht den logischen Preis der Widersprüchlichkeit entrichten.

*Sozialethische Erwägungen.* Das Strafen, zumal als Recht dazu, beruht dennoch auf der Grundannahme, dass es entweder richtig, gerecht und deshalb vernünftig und, beziehungsweise oder, wenigstens notwendig und deshalb vernünftig ist. Egal ob als Grund oder als Zweck gedacht, ist die Strafe auf etwas letztendlich

Vernünftiges und insofern *Gutes* ausgerichtet. Verobjektiviert müsste das Strafen eine *höheres Gut* darstellen.

Dadurch unterscheidet es sich (a) als absoluter Grund gedacht vom grausamen Quälen als Selbstzweck und (b) von der finalen Folter, die auf der *Verwerflichkeit* der Zweck- Mittel-Relation beruht und die ihrerseits unmittelbar auf die „sozialethische Missbilligung“<sup>318</sup> zurückzuführen ist.

Die Rechtfertigung der Strafe spiegelt nicht nur die Problematik der Verwerflichkeitsprüfung der Nötigung und der Erpressung wider, §§ 240 II, 253 II StGB. *Die Strafe erfüllt auch selbst die Voraussetzungen der Nötigung.* Feuerbach spricht insofern zu Recht für das Strafgesetz vom psychischen Zwang.

Die idealisierende Ethik und der pragmatische Utilitarismus bilden insofern die beiden Maßstäbe:

(1) Den nicht nur formal, sondern auch moralisch scheinbar zwingenden Ausweg aus diesem Widerspruch bietet die Annahme, die Freiheitsstrafe sei eigentlich überhaupt *kein Übel*. Sie ehre vielmehr den Täter als vernünftigen Menschen. Strafe sei generell geistig als *Sühne* zu begreifen und auf Versöhnung<sup>319</sup> und Mediation ausgerichtet. Dass das *Bundesverfassungsgericht* erklärt, dass die Strafe auch dem Täter die Gelegenheit zur persönlichen Verarbeitung der Schuld biete, weist in diese Richtung.

Als Angebot zur Sühne erweitert die Strafe den *Freiraum* des Verurteilten. Sie schränkt ihn nicht ein. Strafe entspricht insofern dem freiwilligen Abschied aus der Welt, um in einem Kloster wieder zu sich selbst zu finden. Sühne dient insofern der Reinigung des Sünders. Die säkulare Strafe bedient sich eines religiösen Modells.

Diese Sicht erscheint für das liberalistische Schuldstrafrecht ebenfalls naheliegend. Es meint ebenfalls, dass der Täter selbst mit der Tat das Übel der Strafe verwirkt und seine Freiheit dadurch beschränkt hat. Die Folgerung müsste allerdings lauten, dass der staatliche Vollzug der Strafe, zumal diejenige

---

<sup>318</sup> Eser in: Schönke/ Schröder, 1997 § 240, Rn 17; oder: erhöhter Grad der sittlichen Missbilligung; zur Gesamtwürdigung des Wertverhältnisses und des „sachlichen Zusammenhanges von Mittel und Zweck“: BVerfG 73, 247, 255; vgl. auch schon BGH 2, 194, 196.

<sup>319</sup> Siehe Gössel, Wesen, 1988, 3 ff. („Sühnende selbstverantwortete Übernahme der Schuld“). Zu den Begriffen Unrecht und Schuld, insbes. Sühne und Reue, siehe Lampe, Unrecht, 1992, 21 ff., insbes. 26 ff.

Vollstreckung, die mit Resozialisierungsangeboten verbunden ist, dann als Akt fürsorgender Hilfestellung zu bereifen wäre.

Doch wer mit der Strafe die Gelegenheit zur Schuldverarbeitung bietet, darf den empirischen Umstand nicht ausblenden, dass der Betroffene Strafe, jedenfalls die zu vollstreckte Freiheitsstrafe, wie es die Mauern und Wachtürme der Gefängnisse zeigen, vorrangig als Übel empfindet und nicht vorrangig als Chance zur Schuldverarbeitung betrachtet. *Krümpelmann*, der gleichfalls auf Sühne setzt,<sup>320</sup> konstatierte deshalb zu Recht, jedenfalls faktisch sei die *Strafe* ein *Übel*<sup>321</sup>. Dass Strafe nicht nur vorrangig ein Angebot darstellt, sondern einen Eingriff in die Freiheit der Täter, bestätigt das *Bundesverfassungsgericht* selbst, wenn es sie als diejenige Reaktion, die sie hauptsächlich darstellt, behandelt, als verfassungsrechtlichen Freiheitsentzug. Die Strafe vorrangig als persönliche Sühne zu fingieren, scheitert an der Realität des Gefängniswesens.

(2) Die herkömmliche Rechtfertigung der Übelzufügung zum Zwecke des Rechtsgüterschutzes bietet der *utilitaristische* Ansatz. Mit *Benthams* Worten ist die Strafe nur hinzunehmen, um ein größeres Übel zu verhindern<sup>322</sup>. Mit dem *Bundesverfassungsgericht* ist zu ergänzen: Strafe muss die ultima ratio des Staates darstellen.

Denselben Ausweg der Güterabwägung betritt *H. Mayer*, wenn er das Johannes-Evangelium zitiert: „*Es ist auch besser, dass ein Mensch sterbe, als dass das ganze Volk verderbe*“<sup>323</sup>. Auch *Hegels* Erwägungen lassen sich im utilitaristischen Sinne lesen. Zunächst beschreibt er das Problem: „So kann man es freilich als unvernünftig ansehen, ein Übel bloß deswegen zu wollen, weil schon ein anderes vorhanden ist“, um dann zu erklären, der Zwang, den der Verbrecher erleide, diene durch die Manifestation der Nichtigkeit des Verbrechens der Wiederherstellung des Rechtes.<sup>324</sup> Die Wiederherstellung des Rechtes lässt danach das dem Täter angetane Übel als „vernünftig“ erscheinen.

Dieser Fluchtweg aus der Widersprüchlichkeit endet aber jenseits der dreisäuligen Vereinigungstheorie: Das Überwiegen eines Interesses ist nur mit Hilfe eines einheitlichen *Maßstabes* festzustellen. Das Übel, das den Mörder

---

<sup>320</sup> Krümpelmann, Probleme, GA 1983, 337 ff., 441.

<sup>321</sup> Siehe Mayer, H., Kant, 1969, 54 ff., 63, der Kant zitiert: „Das Strafrecht ist das Recht des Befehlshabers gegen den Unterwürfigen, ihn wegen seines Verbrechens mit einem Schmerz zu belegen“ (Kant, Metaphysik, 1797, AA, VI 331 ff.); vgl. auch Roxin, Sinn, JuS 1966, 377 ff., 379; Schmidhäuser, Sinn, 1971, 41 ff.; Jakobs, Strafrecht AT, 1991, 6; sowie Coing, Grundzüge, 1993, 246 f.

<sup>322</sup> Bentham, Introduction, 1948, 75, 83, 170 f.

<sup>323</sup> Mayer, H., Kant, 1969, 54 ff., 65.

<sup>324</sup> Mayer, H., Kant, 1969, 54 ff., 78.

trifft, steht fest, es ist der langjährige Freiheitsentzug. Ist aber, so ist zu fragen, die mögliche Wiederholungsgefahr oder die Erschütterung der Rechtstreue ein größeres oder im Sinne des § 34 StGB eine erheblich größeres Übel? Es wäre auch denkbar, dass es nur ebenso groß ist. Wird die Strafe als Rechtsnachteil gewertet, dann erscheint demgegenüber die Wahrnehmung elementarer Menschenrechte und auch das Verständnis der Menschenwürde, die von Verfassungs wegen als unveräußerlich gilt, als eindeutig geringer wertig angesetzt.

(3) Wer, wie der Utilitarismus, offen das allgemeine Wohl und somit den Schutz der vergeistigten *Gemeinschaft* und ihrer Rechtsgüter oder mit *Hegel* objektiv das *Recht selbst, den vernünftigen Staat* oder wer auch nur kollektiv die *Rechtstreue* der Allgemeinheit schwerer wiegen lässt als die Menschenwürde des Einzelnen, bedient sich eines entsprechenden Wertmaßstabs. Seine Maxime lautet: Das *Gemeinwohl* oder auch die Idee der *Heilung des Normbruchs* gehen notfalls vor. Der Versöhnung dient die Strafe auf dieser Ebene. Der Boden der sogenannten Vereinigungstheorie ist aber verlassen. Es regiert unmittelbar die Generalprävention oder ein Wert, auf den sie zurückzuführen ist.

*Einige Thesen.* Deshalb sind die folgenden Thesen aufzustellen:

(1) Die Idee des Strafens zum Rechtsgüterschutz ist mit dem Schutzgedanken von präventiver Art. Da sie den Schutz von allgemeinen oder abstrakten Werten bewirken will, ist sie von generalpräventiver Art. Dabei wird unterstellt, dass das Strafen von Einzelnen auch tatsächlich dazu geeignet ist, Rechtsgüter zu schützen

(3) Die Rechtsgüterlehre verweist vereinfacht und binär auf zwei Güterarten, diejenigen des *Individuums* und diejenigen der *Gemeinschaft*. Komplexer und verfassungsrechtlich in einer Demokratie geboten ist die Trennung von Staat und kultureller Gesellschaft und somit die Erweiterung auf drei Höchstwerte: diejenigen des (1) Einzelnen, (2) des realen Staates und seiner elementaren Strukturen und (3) der vergeistigten und uneigennützigen Allgemeinheit.

(3) Rechtsgüter sind halbeigenständig. Sie bilden einerseits *eigenständige Werte* „an sich“ oder „Endzwecke“. Andererseits liegt der Vorstellung vom Rechtsgüterschutz auch eine grobe *Werteordnung* zugrunde, die eine interne *Abwägung von einzelnen Gütern* erlaubt. Dies verdeutlichen der rechtsfertige Notstand und die Strafraumgruppen sowie die Einteilung in Verbrechen und Vergehen mit zeitiger Freiheitsstrafe sowie der lebenslangen Freiheitsstrafe für Mord und Hochverrat.

(4) Sinnvoll zur Begründung von Strafe ist die Rechtsgüterlehre nur, wenn auch insofern eine Abwägung erfolgt. Sie drückt ethische Gedanken aus, die auf der Verfassungsebene die Grundrechtseingriffe rechtfertigen. Mit strafrechtlichen Begriffen gefasst, lauten sie: Das Strafen ist aufgrund von *Notstandlagen* zu rechtfertigen. *Strafen ist – grundsätzlich - zur Abwehr von Gefahren für die Rechtsgüter geeignet und als ultima ratio auch notwendig.* Die Abwägung trifft die Legislative dann im Einzelnen. Die Rechtsgüter des einzelnen Täters, hier das Leben in Freiheit für lange Zeit oder auch ein konkreter Vermögenswert, sein Geld, treten im Konfliktfall zurück, und zwar zugunsten *höherer allgemeiner Werte*. Seine *konkrete* Freiheit und sein Eigentum unterliegen dem Schutz der Werte *allgemein*. Vereinfacht geht der Schutz der Allgemeinheit unter diesen Vorsetzungen dem Schutz des Einzelnen vor.

(5) Man kann gut damit argumentieren, dass der *Täter* mit der Tat selbst *seine Freiheit gefährdet hat*, indem er die Tat im Wissen um die möglichen Folgen begangen hat. Aber daraus zu streng zu schließen, dass er sich selbst seine Freiheit genommen hat, er also eigentlich gar keine Freiheit mehr hat, die man ihm nehmen könnte, er sich also selbst einsperrt, erscheint unreal. Es gilt auch hier analog der Unterschied zwischen dem freiwillig vereinbarten Schuldvertrag und der gewaltsamen Vollstreckung eines Schuldtitels. Man kann nur analog sagen, der Täter schuldet der demokratischen Gemeinschaft den Freiheitsentzug oder die Geldstrafe. Nur diesen Umstand kann man dann bei einer umfassenden Güterabwägung analog zu § 34 StGB mit einrechnen. Man kann auch erklären, dass er selbst den *Rechtsschutz* seiner Güter vermindert. Aber Rechtsgut bleibt seine mit seiner Person verbundene, also eine verkörperte Fortbewegungsfreiheit. Dritte dürften sie ihm zum Beispiel nicht nehmen.

(6) Dennoch geht insofern das Gemeinwohlinteresse an den betroffenen Rechtsgütern im Notfall dem Eigenwohlinteresse an den Rechtsgütern Fortbewegungsfreiheit und Vermögen vor! Zugleich aber legt dieser Ansatz die allgemeinen Werte offen, die schützenswert sind. Er hilft, das Unrecht über den Unwert mit zu bestimmen.

*Zur Verfassungswidrigkeit.* Für sich allein betrachtet erscheint die Idee vom Strafen, um Rechtsgüterschutz zu betreiben, als offenkundig verfassungswidrig. Denn danach würde der Einzelne *exemplarisch* als Opfer auf dem Altar höherer Werte seine Freiheit oder sein Geld einbüßen müssen. Er würde bloß als Mittel für einen höheren Zweck geopfert, Art. 1 I GG.

Diese generalpräventive Sichtweise trägt auf den zweiten Blick dennoch, wenn und weil sie innerhalb der *Vereinigungstheorie* eingesetzt wird, der Täter also nicht bloß ein Mittel ist.

Zweitens ist die Strafe zusätzlich etwa durch die *Menschenwürdeidee abgesichert*. So muss dem Beschuldigten im Prozess und dem Strafgefangenen auch noch im Vollzug seine Stellung als *Rechtssubjekt* garantiert sein. Es müssen ihm etwa ein Anwalt und Rechtsmittel, auch noch gegen bestimmte Vollzugsentscheidungen, zur Verfügung stehen.

Außerdem ist zu bedenken, dass zumindest eine Hauptaufgabe der Rechtsgüteridee darin besteht, die *Strafgesetz auszulegen* und die Höhe der *Strafrahmen* zu begründen, auch wenn diese Erwägungen im Kleinen dann auch bei der konkreten Strafzumessung mit durchschlagen.

Ferner liefert die Rechtsgutslehre gute Gründe, um staatlichen Rechts- und Machtmissbrauch aufzudecken und zu verhindern, etwa wenn (fast) unwertfreie Taten aus machtpolitischen Gründen für strafwürdig erachtet werden oder leichte Delikte mit grob überhöhten Strafrahmen bedacht werden sollen. Hohe Freiheitstrafen werden für eine Tat bestimmt, die eigentlich eine bloße Ordnungswidrigkeit darstellt, Strafhafte für eine Satire verhängt. Aus verfassungsrechtlicher Sicht dient sie der Konkretisierung des *Willkürverbots* im staatlichen Strafrecht.

Rechtsguterwägungen bilden also die Einbruchstellen für die *Ethik* in das Strafrecht. Auch der Rückgriff auf den Utilitarismus zählt dazu.

*Schlussthesen.* Eine *Güterabwägung*, hinter der sich der Utilitarismus verbirgt, liegt also dem Strafrecht insoweit zugrunde, als es dem Schutz der allgemeinen Rechtsgüter dient und dafür die konkreten Rechtsgüter des Einzelnen, vor allem dessen Freiheit, erheblich beschränkt.

Sie aber ist durch den *absoluten* Höchstwert der *Menschenwürde* auf der Verfassungsebene *gedeckt*. Insofern gelten die Grundgedanken des § 34 StGB auch für die Begründung der Strafe.

*Verboten* sind folglich die Todesstrafe, erniedrigende und grausame Strafen, lebenslange Freiheitstrafe ohne die Aussicht auf Entlassung oder Bewährung. Hinzu treten die Unschuldsvermutung im Prozess und das Gebot des menschwürdigen Strafvollzuges mit Resozialisierungsangeboten.

Eine zweite Art von Deckelung ergibt sich aus dem *höchsten Gemeinschaftswert*, dem des Art. 20, 79 III GG. Aus dessen *Rechtsstaatsprinzip* ergeben sich die *gemeinschaftsinternen Grenzen* der Nützlichkeitsabwägungen. Ihr eigenes Wesen darf die deutsche Zivilgesellschaft nicht durch das Strafen zugunsten von Rechtsgütern konterkarieren. Es gilt deshalb: Keine Strafe ohne Gesetz, keine Verdachtsstrafen, ne bis in idem, keine Sondergerichte,



unabhängige Gerichte, Rechtsbeistände und auch und zuvor schon: ein gesamtes formalisiertes Strafprozessrecht<sup>325</sup>, ein geregelter Strafvollzug etc.

Aus der absoluten Geltung dieser beiden Höchstwerte ziehen mittelbar auch die einzelnen Individualrechtsgüter und die einzelnen Gemeinschaftswerte ihre *individualethische* und ihre *sozialethische* Kraft als halbautonome Einzelwerte, die es wert sind, dass das Strafrecht (und auch die Verfassung) sie mit seinen Regelungen schützt.

*Fazit:* Damit ist ein Blick auf die „Schutzidee und Selbsterhaltung“ und auf die „utilitaristische Strafbegründung über eine Güterabwägung“ geworfen und vor allem die *Begrenzung des Strafens* mit der absoluten Idee von der Menschenwürde herausgestellt.

---

<sup>325</sup> Dazu: Beschluss vom 15. Dezember 2015 - 2 BvR 2735/14 - Europäischer Haftbefehl, Abs. Nr 57, auch hier mit etlichen Selbstzitaten, (Hervorhebungen nicht im Original) „Der Strafprozess hat das aus der *Würde des Menschen als eigenverantwortlich handelnder Person und dem Rechtsstaatsprinzip abgeleitete Prinzip*, dass *keine Strafe ohne Schuld* verhängt werden darf, zu sichern und entsprechende verfahrensrechtliche Vorkehrungen bereitzustellen (vgl. BVerfG 122, 248 <270>; 133, 168 <199 Rn 56>). Dem Täter müssen *Tat und Schuld prozessordnungsgemäß nachgewiesen* werden (vgl. BVerfG 9, 167 <169>; 74, 358 <371>; 133, 168 <199 Rn 56>). *Bis zum Nachweis der Schuld wird seine Unschuld vermutet* (vgl. BVerfG 35, 311 <320>; 74, 358 <371>; st. Rspr).“

## 8. Kapitel

### Positive und negative General- und Individualprävention

#### I. Positive und negative Generalprävention: Strafen zur „Erhaltung der Rechtstreue der Allgemeinheit“, Selbstjustiz, Strafbedürfnis und Vertrauen

*Positive Generalprävention.* Die Elemente der „Rechtstreue der Allgemeinheit“, die über die Generalprävention im Rahmen der Vereinigungstheorie eine notwendige, wenn auch nicht hinreichende *Strafvoraussetzung* bilden, sind insgesamt näher zu betrachten.

Die Vorstellung, mit der Strafe „die Rechtstreue der Allgemeinheit zu erhalten“<sup>326</sup>, erscheint zunächst ebenfalls unmittelbar einleuchtend. Denn die Rechtstreue bildet ebenso wie jedes Rechtsgut einen sozialen Wert und damit also einen Gemeinschaftswert an sich. Sie erhalten zu wollen, versteht sich deshalb fast von selbst. Dabei bildet das positive Recht, also an sich jedes „gesetzte Recht“, den Gegenstand der Treue. Für sich allein betrachtet muss das Recht also etwa bestimmte Werte miterfassen und vom Doppelbegriff der Rechtsgüter ist nur der Rechtsteil miterfasst. Jede Art von Recht ist besser und verdient den *Rechtsgehorsam* als die Alternative der Rechtlosigkeit.

Das Grundgesetz bekennt sich zum Rechtsstaat, Art. 20 III GG. Insofern *unterwirft* sich auch der Staat dem Recht und bildet ein Beispiel für die Rechtstreue, und zwar hier des Staates.

Auch das Notwehrrecht dient nicht nur der Verteidigung von Rechtsgütern, sondern auch der „Bewährung der Rechtsordnung“; das Recht muss dem Unrecht nicht weichen.

Die Idee von der *Rechtstreue* reicht noch etwas weiter als der blinde Rechtsgehorsam. Treueschwüre, etwa als Lehnseid, fanden im *Mittelalter* auf höchstpersönlicher Ebene zwischen den einzelnen freien Herren gegenüber einem bestimmten Oberherrn statt, um eine Friedensordnung aufrechtzuhalten. Auch der *Lehnsherr* musste sich dem Recht unterwerfen.

So verbinden wir mit der Idee von der „ewigen“ Treue eine Art von lebenslanges Bündnis, das *beide* Seiten im Sinne eines *höchstpersönlichen* und auch emotionalen Dauervertrages verpflichtet.

---

<sup>326</sup> Siehe den generalpräventiven Ansatz von Kindhäuser, Strafrechtsgut, 1990, 29 ff., 29, wonach Gegenstand des strafrechtlichen Schutzes das *Strafrechtsgut* im Sinne eines „hinreichenden Niveaus rechtstreuer Motivation“ sei.

Insofern gründet sich die Rechtsstreue zusätzlich auf den Ideen der Gegenseitigkeit und der Ordnung. Fehlt es daran, so wird der Treue ihre Grundlage entzogen.

*Vertrauen.* Treue ist zudem auf Vertrauen gegründet und erlaubt es, bestimmte *Erwartungen* zu hegen:

*„Vertrauen ist in psychologisch-persönlichkeitstheoretischer Perspektive definiert als subjektive Überzeugung von der (oder auch als Gefühl für oder Glaube an die) Richtigkeit, Wahrheit, bzw. Redlichkeit von Personen, von Handlungen, Einsichten und Aussagen eines anderen oder von sich selbst (Selbstvertrauen).“*<sup>327</sup>

Zum Vertrauen erklärt der Rechtssoziologe und Systemtheoretiker *Luhmann* in einem berühmten Satz einleuchtend Folgendes:

*„Wo es Vertrauen gibt, gibt es mehr Möglichkeiten des Erlebens und Handelns, steigt die Komplexität des sozialen Systems, also die Zahl der Möglichkeiten, die es mit seiner Struktur vereinbaren kann, weil im Vertrauen eine wirksamere Form der Reduktion von Komplexität zur Verfügung steht.“*<sup>328</sup>

Dazu gehört dann auch das grundsätzliche Vertrauen in die Einhaltung der Regeln des Rechtssystems. Andererseits droht bei allgemeinem Vertrauensverlust auch eine Krise des Rechtsstaates, die in Deutschland zu einem allgemeinen Widerstandrecht führen kann, Art. 20 IV GG.

„Komplexität und Reduktion“ sowie „Unsicherheit und Vertrauen“ sind also im gesellschaftlichen Bereich *gemeinsam* entstanden.

Wie auch bei der Sozialschadens- und der Rechtsgutslehre tritt die Frage zurück, weshalb denn die Rechtstreue durch die Taten *eines Einzelnen* in Gefahr geraten kann oder weshalb das Mittel der Strafe einzusetzen ist, das seinerseits darauf beruht, *Rechtsnachteile* zuzufügen. Es geht um den Schutz der abstrakten Idee von Recht und dieser wird auf der Ebene der Allgemeinheit kommuniziert. Der Einzelne ist Mittel zum Zweck, aber zugleich auch Mitglied der Allgemeinheit, die rechtstreu gehalten werden muss.

Die Erhaltung der Rechtstreue ist jedenfalls etwas Gutes. Diese Konnotation verbinden wir auch gern mit dem Begriff „positive“ Generalprävention, auch wenn positiv eigentlich nur das „gesetzte“ Recht meint. So muss das Übel der

---

<sup>327</sup> <https://de.wikipedia.org/wiki/Vertrauen>, (15. 4. 17).

<sup>328</sup> Luhmann, Vertrauen, 2000, 8.

Strafe auch dann einem guten höheren Zweck dienen, wenn es jede Art von Recht schützt und als Alternative den Zustand der *Rechtlosigkeit* meint.

Das Strafrecht kennt diese Grundgedanken in der *rechtsformalen* Seite des *Unrechtsbewusstseins* im Rahmen der Schuld. Der Täter weiß um seinen eigenen Bruch der Rechtsstreue. Der inhaltliche Kern des Unrechtsbewusstseins liegt allerdings in der vorwerfbaren Rechtsgutsverletzung, also im Unwert-Bewusstsein.

Mitenthalten ist der Gedanke der Gefahr für die Rechtsstreue der Allgemeinheit auch im Aspekt der „Verteidigung der Rechtsordnung“, §§56 III, § 47 StGB. Dieses Denken steckt zudem im idealen reuigen *Geständnis*, das zu einer erheblichen Strafmilderung führt. Mit dem vollen Geständnis bekennt der Täter sich glaubhaft wieder zur Rechtsordnung, Er gibt für deren Fortbestand und Geltung ein gutes Beispiel.

*Negative Generalprävention* Die negative Generalprävention setzt auf die *Abschreckung* von anderenfalls tatgeneigten Teilen der Allgemeinheit.<sup>329</sup> Im Strafgesetzbuch wurden zumeist klar bestimmte Tattypen kodifiziert. Von ihnen wissen wir aus *Erfahrung*, dass sie regelmäßig von Menschen in Deutschland begangen werden. Auch ist das *Strafgesetzbuch* grundsätzlich an alle Menschen in seinem Geltungsbereich gerichtet. Ausnahmen bilden nur die Sonderdelikte. Ob wir von einer *allgemeinen Tatneigung* ausgehen, soll offenbleiben. Jedenfalls wissen wir nicht, wer konkret tatgeneigt ist.

Solche Personen wären also bereit, ohne Strafen dem Recht untreu zu werden. Sie würden sich dann für das Unrecht und gegen das Recht entscheiden.

Mit der *gesetzlichen* Strafdrohung übt der demokratische Staat also einen latenten psychischen Zwang, im Sinne von *Feuerbach* aus, zumindest auf die konkret tatgeneigten Mitmenschen. Es handelt sich um eine Art von gesetzlicher *Nötigung*.

Die einzelnen öffentlichen Urteilsprüche und das direkte oder indirekte Miterleben des Vollzuges bekräftigt die Ernsthaftigkeit der latenten Drohung mit dem Strafübel, das dem Verurteilten einen Teil seiner Handlungsfreiheit nimmt.

Zu fragen ist aber, ob negative Generalprävention nicht vor allem nur die Kehrseite der positiven darstellt.

---

<sup>329</sup> Zur „Strafe als Mittel der Abschreckung“ siehe Rogall, Strafe, 1997, 236 ff. , 236 ff.

Grundlage der negativen Generalprävention bildet jedenfalls -allein auf diese Teilidee bezogen- die Vorstellung, dass die Allgemeinheit der Menschen nur durch Strafe rechtstreu gehalten werden können. Offenbar vermag der *Nutzen*, in einer kooperativen Gemeinschaft zu leben oder der der „allgemeinen Werte des Gemeinschaftslebens“ eine gesamte *Allgemeinheit* nicht oder nicht allein davon abzuhalten, Unrechtstaten zu begehen, also zu nehmen ohne zu geben.

Die übliche Schutzweise durch das *Polizeirecht* bei konkreten Gefahren genügt dazu auch nicht. Der Schutzherr des Rechts muss also bei schweren Rechtsverletzungen - auch - Strafe per Gesetz androhen und dieses Recht auch in hinreichendem Maße exekutieren.

Den eigentlichen negativen Aspekt der Idee vom Strafen zur „Erhaltung der Rechtstreue der Allgemeinheit“ belegt die Antwort auf die Frage, was denn geschähe, falls der Staat nicht strafe. Dann würde die Allgemeinheit das Recht in die eigene Hand nehmen. Es würde regelmäßig Selbst- und blinde Lynchjustiz stattfinden. Der Staat, der unter anderem auf seinem Gewaltmonopol beruht, würde in kriegerische Kleingruppen zerfallen. Diese würden, wie im Mittelalter, das Recht der Blutrache üben oder aber auch Sühneverträge schließen. So betrachtet geht es also nicht vorrangig darum, dass kein Recht gälte. Es gäbe eine Art von kleinem Völkerrecht. Geschützt werden vielmehr der Staat und seine Art von Recht, also der Rechtsstaat.

Es ist also die *Abwendung von Selbst- und Lynchjustiz*, die der Rechtsstaat anbieten muss.<sup>330</sup> Die *Allgemeinheit* entscheidet mit ihrer Drohung darüber, dass überhaupt und aus welchen Gründen gestraft werden soll. Es soll nachträglich noch irgendeine Art von *Gerechtigkeit* geschehen.

Die staatliche Strafe zivilisiert also nur das *allgemeine Strafbedürfnis*, das sich selbst als Form begreift, Gerechtigkeit zu üben. So gesehen spricht also vieles dafür, dass das Strafbedürfnis zumindest nicht allein ein Gebot der *Vernunft* ist, sondern zumindest auch einem anthropologischen Trieb entspringt. Ob diesem Antrieb nicht doch vielleicht die (genetische) Vernunft der Gefühle zugrunde liegt, ist hier als Frage nur anzudeuten. Das Strafen selbst entstammt jedenfalls

---

<sup>330</sup> Müller-Dietz, Verbrechenschaden, GA 1983, 481 ff.; Arzt, Ruf, 1976.

Von der Bedeutung der "Bedrohungsintensität" sprechen auch Hassemer, Theorie, 1973, 158 ff., 221 ff. und Lüderssen, Kriminologie, 1984, Rn 159 ff. (im Zusammenhang mit der Generalprävention).

Auf den Zusammenhang von Gewalt und Misstrauen, bzw. dem Gegenstück des Vertrauens macht Trotha, Distanz, 1987, 43 ff., aufmerksam; Arzt, Ruf, 1976, 173 ff.; Kerner, Kriminalitätseinschätzung, 1980.

nicht einer gründlichen Diskussion, nur die Art und Weise können wir vernünftig handhaben.

Der gute Grund für das *staatliche Strafrecht* ergibt sich dann daraus, diesem Straftrieb die ersten Emotionen zu nehmen und ihn danach über das Recht zu kanalisieren und zu rationalisieren.

*Fazit:* Die emotional eingefärbten Aspekte von Rechtstreue und Selbstjustiz, Strafbedürfnis und Vertrauen gehören zum gängigen Begründungskanon.

## **II. Einzelnes: Integrationsprävention, Allgemeinheit, Verfassungsmäßigkeit, Tatgeneigntheit, Staat ohne Strafe?**

*Integrationsprävention.* Eine Reihe deutscher Strafrechtswissenschaftler verbindet den Gesichtspunkt des *Schuldausgleichs* mit demjenigen der Prävention, und zwar unter der Vorherrschaft der positiven Generalprävention. Sie wird um die gesetzgeberische *kriminalpolitische* Sicht ergänzt oder sie erklären das Strafrecht offen mit *sozialpsychologischen* Elementen, deren sich im Grundansatz auch *Feuerbach* bediente. Dass das Strafgesetzbuch als solches und aus der Sicht des Gesetzgebers auch seine Umsetzung von der Generalprävention beherrscht wird, ist offenkundig.

Dieser Grundgedanke ist ganz oder teilweise mit der Formel vom Strafen als „Integrationsprävention“ verbunden. Dieser Begriff gilt grob als Synonym für die „positive Generalprävention“. Die Konnotation mit der „Integration“ bezieht jedoch auch die Soziologie mit ein. Es soll *nicht* um die *Ausgrenzung* von Menschen gehen, die straffällig geworden sind oder dazu neigen, sondern um ihr Einfangen im Vorwege. Schon das Strafgesetz dient danach der Aufgabe, Abweichler oder solche, die darüber auch nur nachdenken, wieder beziehungsweise fester in die *Gesellschaft* einzubinden. Das Gesetz umschreibt die allgemeinen *Schutzwerte* mit konkreten Tatenbeispielen und will damit unser aller *Rechtsgefühl* stärken.

Insofern erhält der Gedanke der *Resozialisierung*, der eigentlich den konkreten Vollzug mit beherrscht, indirekt schon Eingang in die generalpräventive Sicht.

Trotz einiger Unterschiede im Einzelnen ist diese Lehre mit der wirkungsmächtigen Ansicht von *Roxin*<sup>331</sup> verbunden, vor allem aber mit den Namen von *Müller-Dietz*<sup>332</sup> und *Baratta*<sup>333</sup>) verknüpft. *Noll*<sup>334</sup>, auf den *Roxin*<sup>335</sup>

---

<sup>331</sup> Roxin, Diskussion, 1979, 279 ff.

<sup>332</sup> Müller-Dietz, Integrationsprävention, 1985, 813 ff., 823.

verweist, erklärt zudem unter anderem, ohne die subjektive Zurechenbarkeit der Tat sei es vom präventiven Zweck her sinnlos, den Täter zu bestrafen<sup>336</sup>. So führt auch die schuldangemessene Strafe nach Roxins<sup>337</sup> Vorstellung von der Integrationsprävention zu einer „Befriedigung“<sup>338</sup> des Rechtsgefühls und stabilisiere die Moral auf dem jeweils gegebenen Niveau.<sup>339</sup> Dieser knappe Überblick über ältere Stimmen belegt die lange Bedeutung des Präventionsgedankens in der deutschen *Spezialliteratur*. Auch zeigt sich erneut, wie man versucht, sich mit dem gesetzlich vorgegebenen Schuldprinzip zu arrangieren oder es im Lichte der *Verhältnismäßigkeit* auszudeuten und auf diese Weise die *Generalprävention* und mit ihr das *Schutzprinzip* in den Mittelpunkt zu rücken, um das Strafen dann vorrangig präventiv zu begründen.

*Allgemeinheit*. Nahe liegt es zudem, sich mit dem ersten Teilbegriff der Generalprävention, der „Allgemeinheit“ zu beschäftigen, was allerdings unüblich ist.

Der Begriff der *Generalprävention* lässt sich im Hinblick auf seinen Adressaten, die „Allgemeinheit“, in diesem weiten und neutralen Sinne verstehen. Die *Öffentlichkeit* im Sinne der öffentlichen Sache (res publica) der Freien meint im Kern das gleiche. Zu verwenden sind sie insoweit aber nur als Sammelbegriffe, die Kollisionen in Letztfragen nicht zu lösen vermögen.

Diese weite, bewusst offene und positive Deutung entspricht nicht dem üblichen Verständnis der Allgemeinheit. Erkennbar ist auch, dass dieser Begriff auch wissenschaftlich nicht näher bestimmt, sondern in Zusammenhängen verwendet wird, die näheren Aufschluss über sein Verständnis geben.

(1) Der Begriff der *Allgemeinheit* erscheint zwar schon auf den ersten Blick grundsätzlich unbestimmt und ausfüllungsbedürftig, sofern nicht näher konkretisiert. Insofern steht er eigentlich als Voraussetzung für die *Strafbarkeit* bereits im Widerspruch zum Grundgedanken des Verfassungsgebotes der Bestimmtheit (Art. 103 II GG).

---

<sup>333</sup> Baratta, Integration, KrimJ 16 (1984), 132 ff.

<sup>334</sup> Noll, Schuld, 1966, 219 ff.

<sup>335</sup> Roxin, Schuld, 1974, 171 ff., 186, u. Hinw. auf Gimbernats Ordeig, Nichtbeweisbarkeit, 1973, 151 ff., 186; vgl. auch Roxin, Diskussion, 1979, 279 ff., 299.

<sup>336</sup> Zusammenfassend: Schumann, Generalprävention, 1989, 1. Kap.; Müller-Tuckfeld, Integrationsprävention, 1985, 39 f.

<sup>337</sup> Roxin, Diskussion, 1979, 279 ff.

<sup>338</sup> Dazu auch: Schumann, Generalprävention, 1989, 1.

<sup>339</sup> Zum Rechtsbewusstsein, das den verfassungsrechtlichen Wert des ungeborenen Lebens im Sinne der positiven Generalprävention mit umfassen müsse, weshalb dessen strafrechtlicher Schutz vonnöten sei, siehe auch BVerfG 88, 203, 272.

Der Kernbegriff der *Allgemeinheit*, auf den diese Sichtweise zurückgreift, besitzt aber deshalb beachtliche Vorzüge. Die Allgemeinheit ist nicht nur real über ihre *Mitglieder*, sondern auch durch ihre *gemeinsamen* Anschauungen bestimmbar. Mit ihm lassen sich zum Beispiel die drei Oberwerte Mensch, realer Staat und Kulturgemeinschaft durchaus versammeln. Er ist bezogen auf die jeweilige Gruppe *allumfassend* auslegbar und entspricht damit der *Idee des Gesetzes*, das allgemein gelten soll.

(2) Unter die Allgemeinheit und deren Anschauung passen und definieren sich zugleich drei verschiedene Wesenheiten:

(a) alle *einzelnen* Menschen und die Konkretisierung der Idee ihrer Menschenwürde und der Menschenrechte ebenso wie

(b) die Summe und das Zusammenspiel aller realen *sozialen Systeme*, vom Staat bis hin zu den als soziale oder auch juristische Personen agierenden kulturellen gesellschaftlichen Kräften, wie Kirchen, Gewerkschaften und privaten gemeinnützigen Vereinen, einschließlich genossenschaftlicher Schicksalsgemeinschaften von Kranken mit bestimmten Ansprüchen, und auch

(c) die *absoluten kulturellen Ideen*, wie diejenige von Freiheit, Gleichheit und Solidarität, diejenige der Gerechtigkeit, einschließlich der Strafgerechtigkeit, oder die utilitaristische Vorstellung vom Glück möglichst vieler Menschen, aber auch das Bekenntnis zum Mehrheits- als pragmatischem Konsensprinzip.

(3) Der Begriff der Allgemeinheit ist eng mit dem der *Gemeinschaft* verbunden. Agiert die Allgemeinheit, so tritt sie als ein Kollektiv und insofern im Sinne einer Gemeinschaft auf. Aber die Allgemeinheit selbst ist vorrangig durch eine *elementar-ethische* Sicht bestimmt, die die Laiensphäre bedenkt. Als Bündelung von einzelnen Ansichten und Subkulturen stellt die Allgemeinheit eine vage Klasse dar, die sowohl (a) die Summe der Subjekte meint als auch (b) deren freien intersubjektiven Konsens umfasst und (c) die Gesetze des demokratischen sozialen Konsenses beinhaltet.

(4) Konstituiert wird eine Allgemeinheit durch irgendeine sie umfassende *kulturelle Identität*. Religiös und im Kleinen entspricht sie einer überschaubaren Gemeinde, die ein gemeinsames *Bekenntnis* besitzt und nach ihm lebt. In seiner säkularen Form entspringt die Konstitution der kulturellen Identität einem *Konsens*, der der politischen Struktur entsprechend auch ein auferlegter sein kann. Verwandte Begriffe sind die *Gesellschaft* oder das *Volk*. Die



Allgemeinheit bildet zudem entsprechende *Sozialethiken* aus<sup>340</sup>. Sie gerinnen zu Maßstabfiguren<sup>341</sup>, wie die Guten und Gerechten, und definieren diejenigen Modellpersonen, die im Sinne der Fahrlässigkeit hinreichend sorgfältig das Schädigungsverbot einhalten. Insofern beherbergen Elemente einer nur halbverdeckten *petitio principii* die sozialetischen Grenzen der Freiheit.

(5) Der weiche Begriff der Allgemeinheit erlaubt zudem

- die Idee vom Volk im Sinne der *nationalen Demokratie*, ihrer Rechtskultur, auch nach dem Modell der *Verfassung* als Gesellschaftsvertrag der Freien, zu verfolgen oder auch
- die Allgemeinheit im Sinne der *Menschheit* zu verstehen, so wie es die Erklärungen der *Allgemeinen Menschenrecht* vorgeben.

(6) Aus ethischer Sicht erlaubt dieser Begriff das individualethische *kantsche Verallgemeinerungsgebot* zu beherzigen.<sup>342</sup> Idealisiert steht die Allgemeinheit im *hegelschen* Sinne für den verobjektivierten *Geist* der sozialen Vernunft und eröffnet aus utilitaristischer Sicht den Rückgriff auf das Gemeinwohl (*summum bonum*) der möglichst vielen und auf den pragmatischen „*common sense*“<sup>343</sup>.

(7) Die Idee von der Allgemeinheit spiegelt aus strafrechtlicher Sicht die „Parallelwertung in der Laiensphäre“.

*Kritik.* Aber sobald innerhalb der derart umfassend definierten und dennoch unbestimmten Allgemeinheit der *Systemgedanke* absolut gesetzt wird, verliert dieser Begriff seine Kraft, für alles offen zu sein. Die Allgemeinheit pervertiert zu einem egoistischen *sozialen Akteur*, der von der Notwendigkeit der Selbsterhaltung und der Machterweiterung getrieben sein wird. Er bedarf dazu egoistischer menschlicher Organe oder Stellvertreter. Historische Beispiele bilden neben den Gottesstaaten, der säkulare Volksgeist der französischen Revolution, die Vorstellung vom idealen aufgeklärten konservativen Staat, der faschistische Nationalismus oder auch diejenigen internationaler idealer kommunistischer Großsysteme. Das jeweilige kulturelle Gemeinwohl geht im,

---

<sup>340</sup> Zur „einfachen Sittlichkeit“ Bollnow, *Sittlichkeit*, 1945, 20 ff. Zum Zusammenhang zwischen „einfacher Sittlichkeit“ und „Rechtsethik“ Montenbruck, *Wahlfeststellung*, 1976, 102 f.

<sup>341</sup> Zunächst Jescheck/Weigend, *Strafrecht AT*, 1996, 409 f.: Abzustellen sei für die Schuldzuschreibung auf einen „maßstabsgerechten, mit den rechtlich geschützten Werten verbundenen Menschen“, er sei nach Lebensalter, Geschlecht, Beruf etc. dem Täter gleich zu denken. Kant, *Grundlegung*, 1785, AA, 428, 429

<sup>342</sup> Kant, *Grundlegung*, 1785, AA, 428, 429: „Der praktische Imperativ wird also folgender sein: Handle so, daß du die Menschheit sowohl in deiner Person, als in der Person eines jeden andern jederzeit zugleich als Zweck, niemals bloß als Mittel brauchst.

<sup>343</sup> Schmoller, *Argumentation*, *öJbl* 1990, 631 ff., 632, verweist für den angloamerikanischen Bereich auf die Vergleichsperson des „reasonable man“.

zudem selbst bestimmten Konfliktfälle der Menschenwürde und der Idee der Menschenrechte vor. Sie sind zwar ebenso metaphysisch gegründet, entziehen sich aber dem staatlichen Missbrauch, weil sie an das reale Menschsein gebunden sind.

Dieses sublimierte Verständnis der Allgemeinheit in Großgemeinschaften assoziiert aber auch elitäre Herrschaftskulturen. Zwar soll die *machiavellistische* Moral von „Räuberbanden“ gerade nicht die Sittlichkeit der Allgemeinheit im Sinne der westlichen Welt darstellen. Aber die Allgemeinheit beinhaltet umgekehrt in der Regel auch (noch) nicht die Vorstellungen jugendlicher Protestbewegungen oder deshalb auch so genannter extremer politischer Ausrichtungen. Insofern steht sie für ein Mehrheitsprinzip in der Form einer *fürsorglichen repräsentativen* Mehrheit.

Für das *Strafrecht* scheinen die breiten normativen Grauzonen dieses Begriffs zwar irrelevant. Es kann im Grundsatz sogar mutmaßlich auf empirischer Ebene auf einen weitreichenden universellen gemeinsamen Nenner für abzulehnende Handlungen verweisen: *Gewalt* und *List* als Mittel zur Durchsetzung eigener Interessen werden als Prinzip nahezu alle Menschen ablehnen. Aber (a) die Strafe selbst beinhaltet (definitionsgemäß) den zwangsweisen Entzug von Freiheit und meint Rechtsnachteile. Der allgemeine Konsens über den Gewaltverzicht muss also mit erlaubten Ausnahmen versehen werden. Ein verwirrender Selbstwiderspruch ist konsensual und demokratisch aufzulösen. Wer zudem (b) eine anerkannte soziale Person darstellt, erscheint bereits schwierig zu bestimmen. Kinder, Frauen, Arme, Kranke und Alte gleichzustellen, bemühen sich erst die Grund- und allgemeinen Menschenrechte. Schwierigkeiten bereitet es ferner seit jeher, (c) die kollektiven Interessen von Minderheiten zu bestimmen, zu deren Gunsten oder Schutz notfalls Gewalt eingesetzt werden darf. Zu ihnen könnten im weiteren Sinne auch die Beschuldigten und sogar auch die verurteilten Täter gezählt werden.

*Im Zweifel bilden deshalb nahezu zirkelschlüssig diejenigen die Allgemeinheit, deren Rechtstreue es zu erhalten gilt, die in ihren jeweiligen sozialen Rollen für die Gemeinschaft unverzichtbar sind. Denn eigentlich stellt das Gemeinwohl den entscheidenden Maßstab dar.*

Die Vorstellung, die Strafe zur Erhaltung der Rechtstreue der Allgemeinheit einzusetzen, bedeutet auf die Spitze getrieben also, dass die *Guten* sich an die

Guten wenden. Mit den Worten von *Nietzsche*: „*Die Strafe hat den Zweck, den zu bessern, der straft*“<sup>344</sup>.

Die Allgemeinheit, die durch eine Mehrheitskultur bestimmt ist, ist in der Form der agierenden *Gemeinschaft* durch eigene Interessen bestimmt. Sie fürchtet nicht nur (a) den inneren Zerfall durch den Abfall der bislang rechtstreuen einzelnen wichtigen Mitglieder, sondern vor allem in Großgemeinschaften (b) abweichende Sub- und Gegenkulturen. Hier nehmen die entsprechenden kriminologischen Theorien des Kulturkampfes ihren Platz ein<sup>345</sup>. Die Gefahr besteht, dass diese Sicht zur Bestrafung von jeweils von der politischen Mehrheit frei definierten Minderheiten führt.

*Exemplarisches Strafen.* Festzuhalten ist, dass der *Einzelne* und seine Tat allein in der Regel die Rechtstreue der Allgemeinheit nicht ernsthaft erschüttern können. Insofern rechtfertigt in der Regel kein einzelner Taschendiebstahl eine langjährige Freiheitsstrafe. Die Verallgemeinerbarkeit wird gefürchtet. Die *gesetzlichen Tatbestände* vertypen deshalb auch bekannte und allgemein verbreitete Delikte. Eine nachweisbare einzelne Tat würde nicht bestraft werden. So vermag die Allgemeinheit auch einerseits mit unbekannten Delikten und selbst mit einer vermuteten hohen *Dunkelziffer* von unentdeckten Straftaten solange zu leben, wie ihre Mitglieder bereit sind, diesen Umstand zu verdrängen. Andererseits genügt jede irrationale Kriminalitätsfurcht, um die Rechtstreue bekräftigen zu müssen.

*Tatverdacht.* Die bloße Kenntnis vom Erfolgseintritt und, wie für die Selbstjustiz der dringende *Tatverdacht*, dessen Dringlichkeit auch rechtsförmig von jeweiligen Ermittlungstand her zu bestimmen ist, begründet folgerichtig die Forderung nach Maßnahmen, die die *Rechtstreue* erhalten können. Nicht der reale und objektive Normbruch, sondern ausschließlich die kollektive *subjektive* Vorstellung von ihm begründet die Gefahr für die Rechtstreue der Allgemeinheit.

*Psychosoziale* Antworten sind deshalb gefordert. Auf dieser Ebene ist folgerichtig mit symbolischen und ebensolchen exemplarischen Akten auf das kollektive Selbstverständnis der Allgemeinheit einzuwirken.

---

<sup>344</sup> Nietzsche setzt im Übrigen nach: „- Das ist die letzte Zuflucht für die Verteidiger der Strafe“. Nietzsche, Wissenschaft, 1887/1999, 3. Buch, Aphorismus, 219; aufgegriffen etwa von Neuß, Strafzweck, 2001, 2.

<sup>345</sup> Eisenberg, Kriminologie, 2005, § 6, Rn 1 ff., vgl. auch Kaiser, G., Kriminologie, 1996, § 37, 280 f., Rn 93 ff.; Kaiser, G., Einführung, 1997, § 24, 163 ff.; Schneider, H.-J., Kriminologie, 2013, 441 ff.

*Kriminalpolitik* für die *res publica* ist geboten und wird auf dieser Ebene betrieben. Der emotional-subjektive und mithin deterministische Hintergrund wird aber nicht aufgedeckt. Der Bürger gilt insofern als mündig und eigentlicher Souverän. Seinem Strafbedürfnis oder auch seinem Mitleid ist nachzukommen. Die Vorstellung von der Allgemeinheit ist nur scheinbar rational durch Ethik zu sublimieren und ihre Forderungen sind in der Form zu ritualisieren.

An dieser Stelle ist die Beschreibung der Vor- und Nachteile, die der Begriff der Allgemeinheit beinhaltet, abzurechnen. Er existiert und er wird also aus sozialrealer Sicht in eben dieser Weise benötigt.

*Staat ohne Strafe?* Hinter der Forderung, zu strafen, um die *Rechtstreue* der Allgemeinheit zu erhalten, verbirgt sich andererseits ein wichtiger methodischer Ansatz. Die Bedeutung der Strafe lässt sich auf eine Weise ergründen, die stets hilft, den Wert eines Rechtsinstituts zu bestimmen. Zu fragen ist, was *ohne* ein solche Rechtseinrichtung, hier also ohne das Strafen durch den Staat geschähe. *Hypothetische* Umstände prägen den Blickwinkel.

(1) Tatgeneigte Schwache werden straffällig. Nachahmungstaten sind zu befürchten.

(2) Andererseits wäre ohne Strafe von Seiten der Guten zu befürchten, dass sie die Gerechtigkeit in die eigene Hand nehmen. Die Bevölkerung oder die Opferseite würde *Selbstjustiz* üben<sup>346</sup>. Selbsthilfe führt zu Lynchjustiz und diese zu Unfrieden. Insofern ist es zugleich der Wunsch nach Recht und Ordnung (Law and Order)<sup>347</sup>, der hinter der Forderung nach Erhaltung der Rechtstreue steht. Staatliches Strafen dient insofern nur als Mittel dazu, das *Strafbedürfnis* der Allgemeinheit zu kanalisieren.

(3) Das Strafbedürfnis legt der Staat als berechtigtes, zum Beispiel, weil gerecht und provoziert, als evident und mithin als *Dogma* zugrunde. Dass die jeweilige Allgemeinheit zugleich auch sich und ihre eigenen Interessen sichern wird, tritt über eine entsprechende Idealisierung der Allgemeinheit, als diejenige der Guten und Gerechten, die im Sinne von § 138 BGB und § 17 StGB ihr Gewissen anspannen, zurück. Der deutsche Idealismus mit seiner Verobjektivierung der *Vernunft* als menschliche Pflicht findet in der Strafbegründung über die „Rechtstreue der Allgemeinheit“ noch deutlichen Niederschlag.

---

<sup>346</sup> Der Verzicht des Staates, Rechtsgüter durch Strafrecht zu schützen, rufe die Gefahr hervor, dass die Bevölkerung zur Selbsthilfe greife, so Lenckner/ Schnittenhelm, Gründe, 1989, 17 ff., 22; Amelung, Rechtsgüterschutz, 1972z, 346.

<sup>347</sup> Siehe auch Arzt, Ruf, 1976.

(4) Der Begriff von *Recht*, zudem treu zu stehen sein soll, wird nicht problematisiert. Eigentlich müsste die Vorstellung von der zu erhaltenden Rechtsordnung auch in der Laiensicht deren *ethischen Kern*, also die Menschenwürde und die Menschenrechte des Strafgefangen zum Gegenstand haben. Gemeint ist aber offenbar vorrangig die *Ordnungsfunktion* des positiven Rechts als Rechtsgehorsam.

(5) Formal fallen die Regeln und Ansichten, die die Allgemeinheit selbst nicht als Recht anerkennt, nicht unter den Strafrechtsschutz. Für sie ist auch jede Form der Selbstjustiz versagt. Das Straf- als Gerechtigkeitsbedürfnis ist also weitgehend auf die rechtlich anerkannten Kerntatbestände beschränkt, und zwar so wie sie sich in der „Parallelwertung in der Laiensphäre“ zeigen. Die Furcht vor der Selbstjustiz führt insoweit allerdings zur Beachtlichkeit der persönlichen Ansicht derjenigen, die aufgrund ihrer eigenen autonom-egoistischen Vorstellung vom Recht zu Gegengewalt neigen.

(6) Im Kern soll Strafrecht insoweit vorrangig das Recht schützen. Es dient als Meta-Recht dem Recht selbst. Die Zirkelschlüssigkeit dieser wichtigen Art der Letztbegründung des Strafens und seines Rechts ist offenkundig. Das Recht ist in jeder gegenwärtigen größeren Gemeinschaft entweder ein eigener Selbstzweck oder aber notwendiger Bestandteil ihrer staatlichen Verkörperung.

*Individualprävention als Sonderform der Generalprävention.* Zu bezweifeln ist auch, dass neben der Generalprävention die Individualprävention eine wirklich von sich aus selbstständige Begründung des Strafens darstellt. Wer bestraft, um künftigen Straftaten vorzubeugen, hat zwei *Adressaten* zu unterscheiden: (1) die Allgemeinheit bei der Generalprävention, in die der Täter mit eingeschlossen ist, und (2) den unmittelbar den einzelnen Täter, aus Sicht der Individualprävention.

In der Vereinigungstheorie wird die jeweils *positive* Seite des Vorbeugens durch Strafen in den Vordergrund gerückt: die Erhaltung der Rechtstreue der Allgemeinheit einerseits und die Resozialisierung des Täters andererseits. Auch die Resozialisierung soll die *sozialen* Fähigkeiten des Täters wiederentwickeln. Sie helfen nicht nur ihm allein bei einem gedeihlichen Leben in der Gemeinschaft, sondern auch der Gemeinschaft. Sie sind der positive Teil der Bekämpfung der Kriminalität als Akt der „sozialen Verteidigung“. Die beiden präventive Zwecke fördern *letztlich* dasselbe Ziel.

Mit *Schwind* lassen sich nicht nur drei Stufen der *Generalprävention* trennen, sondern auch eine vierte anfügen: die *primäre* Prävention, die sich auf die Stabilisierung des Rechtsbewusstseins aller Bürger bezieht, die *sekundäre* Prävention, die die potentiellen Straftäter ansprechen soll, und zudem die *tertiäre* Prävention, die sich an den potentiellen Rückfalltäter richtet, also

denjenigen, der bereits eine Straftat oder mehrere einschlägige Delikte begangen hat<sup>348</sup>. Die *quartäre* richtet sich an den ermittelten Täter. Er ist niemals ausschließlich oder auch nur vorrangig um seiner selbst willen zu resozialisieren. Die persönliche Schuldverarbeitung beinhaltet keinen Gesichtspunkt, der vorrangig der Vorbeugung dient. Auch die Sozialisierung ist ein Mittel zu einem anderen Zweck. Sie allerdings ist nicht auf den Ausschluss eines Bösen, sondern auf die Wiedereingliederung eines Mitmenschen gerichtet. Allerdings dient sie diesem Zweck und wirkt erkennbar zugunsten der sonstigen Mitglieder der Allgemeinheit wie die Sicherung durch den Vollzug in einer geschlossenen Anstalt.

Die Besonderheit der Individualprävention und der Grund dafür, dass sie auch weiterhin eigenständig gedeutet werden sollte, liegt in ihrer Verknüpfbarkeit mit dem Autonomieprinzip. Sie eröffnet mit der Betrachtung des Täters nicht nur dessen Einordnung als Gefahr, sondern erlaubt auch dessen Bewertung als Mensch, dem zu helfen ist. Würde dieses Element fehlen, stünde die Individualprävention ausschließlich im Dienste der Generalprävention. Sie bildet derzeit die *Brücke* von der Generalprävention zur Ethik.

*Tatgeneigntheit.* Die sekundäre Prävention, die auch das *Bundesverfassungsgericht* mit dem Appell an die *tatgeneigten* Mitbürger beschreibt, ist schon eine Verengung des Blickwinkels der Allgemeinheit, falls man nicht der kriminologischen Ansicht beipflichtet, eigentlich sei Verbrechen natürlich<sup>349</sup> und jeder Bürger mehr oder weniger tatgeneigt, weshalb im Übrigen der Preis für eine Tat ein nicht unerheblicher sein müsse.

Danach erlaubt der Appell an die Tatgeneigten gleichfalls den Rückschluss, dass die Erhaltung der Rechtstreue der Allgemeinheit möglicherweise eine Allgemeinheit meint, die nicht alle Bürger umfasst, sondern nur diejenigen der verbleibenden „Guten“. Sie sind ohnehin diejenigen, die das Rechtsbewusstsein prägen.

*Kritik.* Die Begründung der Strafe mit beiden präventiven Erwägungen in jeglicher Form ist mit einer bekannten schweren normativen Hypothek belastet: Strafen zu Präventionszwecken verstößt, so lautet der alte und bekannte Einwand, gegen die *Menschenwürde* (Art. 1 GG) und somit auch gegen das westliche Bild vom Menschen.

---

<sup>348</sup> Schwindt, Kriminologie, 2016, 12 f., u. Hinw. auf Kube, Kriminalprävention, 1987, 10 ff. und Kaiser, G., Kriminologie, 1996, 250 ff.

<sup>349</sup> Dazu Hassemer, AK-StGB, 1989, vor § 1 Rn 57.

Den Täter aus *generalpräventiven* Gründen zu bestrafen, also um *exemplarisch* andere Tatgeneigte von Straftaten abzuhalten, oder ihn zu strafen, um die Rechtstreue anderer zu stärken, heißt, den Verurteilten zum bloßen Mittel herabzustufen. Er wird unter Verstoß gegen das Menschenwürdeprinzip zum bloßen *Objekt* herabgestuft. Er verliert seine verfassungsgemäße Stellung als Subjekt. So hat Mayer<sup>350</sup> die Forderung Kants in Erinnerung gerufen, der Mensch dürfe nie bloß als Mittel zu den Absichten eines anderen gehandhabt und unter die Gegenstände des Sachenrechts gemischt werden, wo wider ihn die angeborene Persönlichkeit schützt. Hegel<sup>351</sup> hat in diesem Sinne dem generalpräventiven Ansatz Feuerbachs<sup>352</sup> den Satz entgegengehalten, jener behandle den Menschen wie einen Hund, gegen den der Mensch den Stock erhebe, und damit wie ein Tier.

Die bisher Rechtstreuen werden zudem kaum verschleiert verdächtigt, nur auf diese Weise vom Rechtsbruch abgehalten werden zu können. Sie stehen unter dem Generalverdacht, sie würden ansonsten entweder zur Selbstjustiz bereit sein oder aber zu ähnlichen Taten neigen. Von bestimmten Taten seien sie nur durch den psychischen Druck der Strafandrohung abzuhalten. So meint also die positive Idee von der Erhaltung der Rechtstreue letztlich doch im Kern dasselbe, was mit ihrer negativen Seite, der *Abschreckung*, offen ausgesprochen wird: Alle Bürger und Menschen sind tatgeneigt und nicht im Zweifel „gut“. Auch diese Annahme widerspricht zwar nicht der Erfahrung, aber der Idee der Menschenwürde, die jedenfalls der *Staat* seinen Regelungen zugrunde zu legen hat.

Aber, wer wie *Feuerbach*, erst einmal das Gesetzlichkeitsprinzip zugrunde legt, der sieht den Täter als *Bürger*, und somit nicht bloß als Objekt. Dasselbe gilt auch für *Liszt*, der das Strafgesetz als magna carta des Verbrechers begreift. Er vergleicht sie mit den adeligen Freiherren in England von 1215. Die Freiheitsstrafe setzt Freiheit voraus.

Wer *individualpräventiv* dem Täter im Strafvollzug mit Resozialisierungsangeboten helfen möchte, künftig ein straftatfreies Leben zu führen, wirkt ebenfalls, wenngleich verdeckt mit Zwang oder Drohung auf ihn ein. Denn wer Vollzugslockerungen bei guter Führung verspricht, droht zugleich der Fortführung des Normalvollzuges bei Nichtbewährung. Die Resozialisierung im Freiheitsentzug degradiert den Gefangenen also ebenfalls zum Objekt der Erziehungsmaßnahmen. Mit den Worten von *Hassemer* aus dem Jahre 1982:

---

<sup>350</sup> Mayer, H., Kant, 1969, 54 ff, 64 f; Küpper, Strafrechtsdogmatik, 1990, 56

<sup>351</sup> Hegel, Grundlinien (Hoffmeister), 1820/1995, § 99.

<sup>352</sup> Feuerbach, Revisionen, JALZ-Ergänzungsblätter, 1801, Sp. 255 f., 257, 258; Feuerbach, Revision, 1799, 43 ff.

Das Resozialisierungsinteresse bemächtigt „sich nicht nur des Körpers und der freien Zeit des Verurteilten, es bemächtigt sich auch seiner Lebensgeschichte, seiner Motive, seiner Rationalisierungen, seiner Lebenslügen, die ihn stützen: seiner Seele“<sup>353</sup>. Seine Stellung ist selbst bei einem humanen Strafvollzug *eher* mit derjenigen eines *Kindes* vergleichbar als mit derjenigen eines sich selbst bestimmenden Mitbürgers. Hinter der Forderung nach Strafe zum Zwecke der Resozialisierung des Täters verbergen sich seit jeher kaum verhüllt fürsorgerische Gesichtspunkte. Es ist bestenfalls der humane Gedanke der Erziehung, also der Hilfe, der insbesondere das Jugendstrafrecht prägt<sup>354</sup>, im schlechtesten Falle die kalte sozialpathologische Sicht einer poena medicinalis gegenüber einem Sozialkranken. Die Mauern sind sichtbarer Ausdruck einer geschlossenen Anstalt. Mit der Rolle des sozialen Kindes bestreitet insoweit der fürsorgerische Staat dem Verurteilten den Ausspruch auf den personalen Status als erwachsener Bürger und Mitmensch.

Zu versuchen ist deshalb, wie es typischer Weise im Vollzug auch geschieht, den *Respekt* vor den gefangenen Mitbürger im Alltag zu zeigen und bei der gemeinsamen Vollzugsplanung den Anbotscharakter wenigstens zu betonen und dieses Angebote regelmäßig zu wiederholen.

**Zu Verhältnismäßigkeit und Grundrechtsschutz im Präventionsstrafrecht**  
*Von Professor Dr. Dr. h.c. Heike Jung, Saarbrücken. S. 463-470* *Verhältnismäßige statt schuldangemessenen Strafen.*

*Fazit:* Zur Generalprävention gehören bunte Einzelaspekte, wie die Lehre von der Integrationsprävention, die Idee von der Allgemeinheit, der Frage nach der Verfassungsmäßigkeit oder auch die Vorstellung der Tatgeneigtheit von Menschen.

Präventive Erwägungen, gleich ob general- oder spezialpräventiv, erlauben zwar in säkularer Sichtweite, den metaphysischen Gesichtspunkt der Schuldvergeltung zurückzudrängen. Aber sie nötigen dann alternativ auch zu bitterer Einsicht: Mit den Verfassern des Alternativ-Entwurfs zum Allgemeinen Teil des Strafgesetzbuches (1975) ist dann konsequent zu erklären, dass Strafe zu verhängen, kein metaphysischer Vorgang ist, sondern eine *bittere Notwendigkeit* in einer Gesellschaft unvollkommener Wesen, wie sie die Menschen nun einmal sind.<sup>355</sup>

<sup>353</sup> Hassemer, Resozialisierung, KrimJ 14 (1982), 161 ff., 163, wörtlich zitiert auch von Gutmann, C., Freiwilligkeit, 1993, 21 f. m.w.N.; dieselbe auch ausführlicher zum Problem der Freiwilligkeit, u.a. 55 ff., bei einzelnen Therapieformen.

<sup>354</sup> Vgl. statt vieler Eisenberg, JGG, 2017, grundlegend §§ 1 und 2 Rn 3 ff.; BGH StV 1984, 519; BGH StV 1994, 598.

<sup>355</sup> Alternativ-Entwurf StGB AT, 1969, 29.



Die Not und die Geeignetheit der Mittel zu ihrer Abwehr sind unbestritten empirischen Beweisen zugänglich. An die Metaphysik der Menschenwürde muss man zwar in der Tat glauben, aber dieser weltliche Glaube gehört zu unserer Verfassungsidentität.

### **III. Individualprävention: Gefahrenabwehr, Rückfallvermeidung, Resozialisierung**

Der vor allem empirische Blickwinkel der Individualprävention ist als nächster einzunehmen.

Vorzubeugen ist erneuten Angriffen durch *denselben Täter*. Dies ist das Grundanliegen der Individualprävention. Sie betreibt also eine *konkrete vorbeugende Gefahrenabwehr*. Unmittelbare Gefahren wehrt die Polizei mit ihren Rechtsgrundlagen ab. Aber aus der Art und Weise der Tat und der Persönlichkeit des Täters können wir eine Rückfallprognose erstellen. Wer einmal eine Unrechtstat begangen hat, der gibt Anlass zur Frage, ob er sich demnächst erneut ähnlich verhalten wird. Dahinter steckt ein üblicher menschlicher Schluss. Aus der Erfahrung mit einem Menschen in der Vergangenheit schließen wird auf sein zukünftiges Verhalten.

Wir bauen negative Erwartungen auf, die sich im Bereich der mittleren Kriminalität vor allem mit weiteren einschlägigen Vorstrafen verdichten. Bei Tötungsdelikten können wir allerdings offenbar nicht auf Vorstrafen warten. Wir, so ließe sich schließen, gehen insofern einerseits von einer *hohen Hemmschwelle* zu töten aus, verneinen im Zweifel also den bedingten Tatvorsatz. Aber wer andererseits einmal diese Hemmschwelle überwunden hat, beim dem droht eine deutlich erhöhte Wiederholungsgefahr.

Was aber wollen wir auf diese Weise schützen? Es sind vorrangig

- die einzelnen Menschen und die realen Institutionen,
- die konkreten Rechtsgüter sowie
- das konkrete Recht.

Doch dahinter ragt, wenn auch nachrangig, das Gedankengebäude der Generalprävention auf. Mit jedem deliktischen Angriff ist die *allgemeine Gefahr* verbunden, dass die einzelnen Täter ein *schlechtes Beispiel* dafür bilden, dass es sich lohnt, derartige Straftaten zu begehen oder das Gesetz zu brechen. Der Schutz- als Vorbeugungsgedanke verbindet die General- mit der Individualprävention. Der Sache nach handelt es sich bei der

Individualprävention um eine *bestimmte Art*, wie der Schutz der Gesellschaft, der abstrakten Rechtsgüter und auch des Rechts als solchem zu betreiben ist.

Das Strafgesetzbuch verwendet alle drei Arten der Individualprävention, die von *Liszt* beschreiben hat, den *Denkzettel* der Geldstrafe für „besserungsbedürftige Gelegenheitstäter“, die *Resozialisierung* im Vollzug oder in der Bewährung für den „besserungsfähigen Zustandsverbrecher“, der durch Erziehung zu sozialisieren sei, und die Sicherungsverwahrung für den unverbesserlichen Gewohnheitsverbrecher, der durch „Strafknechtschaft“ auf unbestimmte Zeit unschädlich zu machen sei.

Heute allerdings vollziehen wir die Resozialisierung, wie schon angemerkt, nicht mehr als patriarchalische Erziehung, das würde den Verurteilten unnötig zum Erziehungsobjekt herabstufen, wir unterbreiten Angebote, die Vollzugslockerungen oder die bedingte Entlassung erlauben.

Am Ende steht auch heute als rein individualpräventive Sanktion bei „erheblichen Straftaten“ die Maßregel der *Sicherungsverwahrung*. Eine Sicherungsverwahrung, die nach der vollen Verbüßung der Schuldstrafe vollzogen wird, trifft einen Täter, bei dem die Betrachtung dessen schwerer Vorstrafen und „*die Gesamtwürdigung des Täters und seiner Taten ergibt, dass er infolge eines Hanges zu erheblichen Straftaten, ... zum Zeitpunkt der Verurteilung für die Allgemeinheit gefährlich ist.*“, § 66 StGB. Allerdings bedarf es einer regelmäßigen Überprüfung des Fortbestands der Gefährlichkeit.

Auch in den Vorgaben für das Schuldstrafrechts bestimmt § 46 I 1 StGB im Satz 2: „*Die Wirkungen, die von der Strafe für das künftige Leben des Täters in der Gesellschaft zu erwarten sind, sind zu berücksichtigen.* Auch kann ausnahmsweise eine kurzfristige Freiheitsstrafe „zur Einwirkung auf den Täter“ geboten sein, um ihn zu bewegen, sich künftig rechtstreu zu verhalten.

Diese Form der Gefahrenabwehr gilt es dann der Allgemeinheit mitzuteilen und in ihr zu kommunizieren. Dafür muss sie aber auch konkret stattfinden.

Andererseits verfügt die Sichtweise der Individualprävention über einen eigenen Standpunkt. Ihren Boden bildet die Realität. Sie fragt nach der Empirie, also den konkreten Erfahrungen. Diesen Grundansatz teilt sie mit der *Kriminologie*.

Die Idee von der Individualprävention will von ihrem Ansatz her neuen Straftaten vorbeugen, indem auf den *Täter eingewirkt* wird, um *Rückfalltaten* zu verhindern. Diese Sicht geht also erkennbar vom Täter aus und nicht von der Tat. Sie betrachtet das Gefahrenpotential und stellt eine Sozialprognose an.

Umgekehrt stützen sich Rechtsinstitute wie die Strafaussetzung zur Bewährung, §§ 56 ff StGB und die bedingte Entlassung, §§ 57 ff. StGB auf diese Sichtweise. Aber insofern dienen sie der Aussetzung mit der an sich verdienten Schuldstrafe. Sie vermögen also nicht, die Strafe zu begründen, sondern nur den teilweisen Strafverzicht. Schuldstrafe und Individualprävention zeitigen also unterschiedliche Ergebnisse.

Im Kern handelt es sich um eine Art von *ausgegliedertem Polizeirecht*. Die Gefahrenabwehr ist nur künstlich über die Straftat an das Strafrecht gebunden. Das Strafrecht räumt also den Gefährdern auf diese Weise den Grundrechtsschutz des Strafrechts samt des Strafprozessrechts ein.

Den realen Kern des Strafvollzuges bezeugen die Mauer, die die Justizvollzugsanstalten umschließen ebenso wie die Wachtürme oder die Gitter vor den Fenstern und der Einschluss in die Zellen. Dieser Strafvollzug dient dem Einsperren von Menschen. Er soll sie „unschädlich“ machen. Das Einsperren, soll die Gefangenen hindern, sich der Strafe zu entziehen. Es soll das Übel der Strafe mit Zwang aufrechterhalten und auch die Gemeinschaft vor weiteren Straftaten schützen.

Nur die Art des Vollzuges hat menschenwürdig zu geschehen: Er soll vor allem, dem Strafgefangenen dabei helfen, sich zu *resozialisieren*. Ihm sind Angebote zur Wiedereingliederung in die Gesellschaft zu unterbreiten, die dann auch eine günstige Sozialprognose erlauben und die bedingte Entlassung begründen helfen können.

Der Leitsatz lautet: „*Das Grundgesetz verpflichtet den Gesetzgeber, ein wirksames Konzept der Resozialisierung zu entwickeln und den Strafvollzug darauf aufzubauen.*“

Darauf hat der Strafgefangene einen Anspruch aus Art. 2 I in Verbindung mit Art. 1 I GG und dem Sozialstaatsprinzip, Art. 20 III GG. Sein Interesse steht insofern im Mittelpunkt. Aber: „*Die Resozialisierung dient auch dem Schutz der Gemeinschaft selbst: Diese hat ein unmittelbares eigenes Interesse daran, daß der Täter nicht wieder rückfällig wird und erneut seine Mitbürger und die Gemeinschaft schädigt.*“

Dabei hilft Arbeit, aber sie ist mit einem deutlichen Erziehungscharakter verbunden.

...*Arbeit im Strafvollzug, die dem Gefangenen als Pflichtarbeit zugewiesen wird, ist nur dann ein wirksames Resozialisierungsmittel, wenn die geleistete Arbeit angemessene Anerkennung findet. ... Sie muß ... geeignet sein, dem Gefangenen*

*den Wert regelmäßiger Arbeit für ein künftiges eigenverantwortetes und straffreies Leben in Gestalt eines für ihn greifbaren Vorteils vor Augen zu führen.*“<sup>356</sup>.

Dementsprechend heißt es im Strafvollzugsgesetz des Bundes (§ 2 StVollG und dem der Bundesländer):

*„Im Vollzug der Freiheitsstrafe soll der Gefangene fähig werden, künftig in sozialer Verantwortung ein Leben ohne Straftaten zu führen (Vollzugsziel). Der Vollzug der Freiheitsstrafe dient auch dem Schutz der Allgemeinheit vor weiteren Straftaten.“*

Auch innerhalb des Vollzugs wirkt sich also das Menschenbild aus, das dem Schuldstrafrecht zugrunde liegt bei der Deutung und Ausgestaltung der *Resozialisierung*. Sie dient nur „auch“ der *Individualprävention*.

*Fazit:* Auf den ersten Blick spielt die Individualprävention im deutschen Schuldstrafrecht zwar keine Hauptrolle bei der Strafbegründung. Doch dass das Strafgesetzbuch diese „zweite Spur“ entwickelt hat, zeigt die Kraft dieser Idee. Nur mit dieser *Aufspaltung* konnte das Strafrecht offenbar das *betonte Tatschuldstrafrecht* und auch die humane Strafzumessung absichern und retten.

Die wichtigen Elemente der Individualprävention lauten: Gefahrenabwehr, Rückfallvermeidung, Resozialisierung. Sie betreffen vor allem den Vollzug.

---

<sup>356</sup> Urteil vom 01. Juli 1998 - 2 BvR 441/90. [http://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/1998/07/rs19980701\\_2bvr044190.html](http://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/1998/07/rs19980701_2bvr044190.html); (Leitsatz. Abs. 132 f. lauten (Hervorhebungen nicht im Original): „Die Verfassung gebietet, den Strafvollzug auf das Ziel der Resozialisierung der Gefangenen hin auszurichten. Der einzelne Gefangene hat aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG einen grundrechtlichen Anspruch darauf, daß dieser Zielsetzung bei ihn belastenden Maßnahmen genügt wird. Für die *Freiheitsstrafe*, bei der die staatliche Gewalt die Bedingungen der individuellen Lebensführung weitgehend bestimmt, erlangt das Gebot der Resozialisierung besonderes Gewicht. Das Bundesverfassungsgericht hat dieses Gebot aus dem Selbstverständnis einer Rechtsgemeinschaft entwickelt, die die *Menschenwürde in den Mittelpunkt ihrer Wertordnung stellt und dem Sozialstaatsprinzip verpflichtet ist*. Dem Gefangenen sollen die *Fähigkeit und der Wille zu verantwortlicher Lebensführung* vermittelt werden. Er soll sich in Zukunft unter den Bedingungen einer freien Gesellschaft ohne Rechtsbruch behaupten, ihre Chancen wahrnehmen und ihre Risiken bestehen können. Die *Resozialisierung dient auch dem Schutz der Gemeinschaft selbst*. Diese hat ein unmittelbares eigenes Interesse daran, daß der Täter nicht wieder *rückfällig* wird und erneut *seine Mitbürger und die Gemeinschaft schädigt* (vgl. BVerfG 35, 202 <235 f.> - Lebach).“

## 9. Kapitel

### Grund, Umsetzung und Kritik der präventiven Strafbegründungen

#### I. Sozialpflichtigkeit des Menschen; Ausgliederung von Maßregeln und Jugendstrafrecht, sozialer Schuldbegriff

*Sozialpflichtigkeit des Menschen.* Vor allem stellt sich die Frage nach dem Verhältnis zur Menschenwürde, Art. 1 GG, und zugleich nach dem *Grunde*, auf dem die präventive Strafbegründung beruhe, wenn wir vom *einzelnen Menschen* herdenken.

So erklärt das *Bundesverfassungsgericht* zur *Sicherungsverwahrung* Folgendes:

*„Der Einzelne ist eine sich innerhalb der sozialen Gemeinschaft entfaltende Persönlichkeit. Der Gewährleistung des Artikel 1 Absatz 1 GG liegt die Vorstellung vom Menschen als einem geistig-sittlichen Wesen zu Grunde, das darauf angelegt ist, sich in Freiheit selbst zu bestimmen und sich zu entfalten (BVerfGE 45, 187, 227).*

*Die Spannung zwischen dem Individuum und der Gemeinschaft hat das Grundgesetz allerdings insofern im Sinne der Gemeinschaftsbezogenheit und Gemeinschaftsgebundenheit der Person entschieden, als der Einzelne Einschränkungen seiner Grundrechte zur Sicherung von Gemeinschaftsgütern hinnehmen muss (vgl. BVerfGE 65, 44; BVerfGE 109, 133, 151, w. Nachw.)“.*

Auf diese Weise wird der Mensch zum *sozialen Wesen* erklärt, das *Sozialpflichten* unterliegt. Zu diesen Pflichten gehört es unter Umständen auch, den lebenslangen Freiheitsentzug aufgrund einer Maßregel der Besserung und Sicherung gem. §§ 63, 64, 66 StGB zu ertragen:

*„Vor diesem Gehalt des Artikel 1 Absatz 1 GG ist die Vollstreckung der lebenslangen Freiheitsstrafe auch unter dem Aspekt der Verfolgung des Sicherungszwecks zum Schutz der Allgemeinheit grundsätzlich mit dem Grundgesetz vereinbar“.*<sup>357</sup>

Das *Bundesverfassungsgericht* erkennt offenbar das Dilemma und setzt neben die Idee der Menschenwürde noch das besondere Menschenbild des Menschen als sozialem Wesen. Er hat also passiv *Solidaritätspflichten* zu tragen.

---

<sup>357</sup> Zur Sicherungsverwahrung: BVerfG, *Beschluss* vom 8. 11. 2006 - 2 BvR 578/0. Absatz-Nr. 69 und 70.

Dass der Mensch seine Persönlichkeit in der Regel nur „innerhalb der Gemeinschaft“ entfalten kann, leuchtet ein. Aber dass er Einschränkungen seiner Fortbewegungsfreiheit in dieser gravierenden Art, zudem noch im Anschluss an eine *längere Strafhaftzeit* „zur Sicherung von Gemeinschaftsgütern“ schlicht „hinnehmen muss“, erscheint konsequent begründet.

Nachrangig, jedenfalls aus der Sicht der individualpräventiven Maßregeln, aber *ergänzend*, sind die beiden anderen Standpunkte mit zu bedenken,

- die auf Autonomie setzenden Freiheitsidee und
- die Gleichheit im Sinne des nachträglichen meist strafenden Ausgleichens.

Aus der Sicht der Autonomie und Würde der sicherungsverwahrten Person ist es wesentlich, wie Recht und Praxis es auch gemäß § 66 c StGB vorsehen, dass der Täter schon während des Strafvollzugs und auch noch während der Sicherungsverwahrung *regelmäßig Resozialisierungsangebote* erhält, dass ihm zudem Gelegenheit geboten wird, seine *Ungefährlichkeit* zu belegen und dass dies rechtsförmig geschieht, § 66 d StGB. Dann bleibt es seine „freie“ Entscheidung, seine *Persönlichkeit* in diese oder jene Richtung innerhalb der Gesellschaft zu entwickeln und seine Stellung als Rechtssubjekt gewahrt. Bei den sogenannten *Treibtätern* stellt sich ohnehin die Frage, inwieweit sie im Willen frei sind. Schuldunfähige Personen im Sinne des §§ 20, 63 StGB, die „deshalb für die Allgemeinheit gefährlich“ sind, unterliegen dagegen vor allem einer Sozialpflicht. Sie aber können ihre Freiheitsrechte, um die es vor allem geht, ohnehin nicht (völlig) frei nutzen. Dafür erhalten sie den Anspruch auf Heilung oder Betreuung.

Zudem aber bilden die Maßregeln und vor allem die Sicherungsverwahrung einen Teil des Strafgesetzbuches. Grundlage für ihre Anwendung bilden die nachgewiesenen erheblichen *Straftaten*. Die Sanktion in zwei Teile aufzuspalten, die Strafe und die Sicherungsverwahrung, steht dem Gesetzgeber im Rahmen seiner *Gestaltungsmacht* frei. Es erscheint auch im Hinblick auf das Tatschuldprinzip sinnvoll, diese kleine hoch gefährliche Tätergruppe gesondert zu behandeln. Aber die Verwahrten werden dennoch immer auch „wegen“ ihrer Taten nach der Strafe noch weiterhin gemäßregelt. *Ausgeglichen* wird die Gefährlichkeit für die Allgemeinheit, die sie vor allem mit ihren Straftaten an den Tag legen. Bestraft werden auch sonst nicht die Taten, sondern die Täter, die sie begangen haben. Dass sie verwahrt werden, erscheint insofern auch *gerecht*. Denn die Tat haben die zu nach § 66 StGB zu verwahrenden Personen auch schuldhaft begangen.

Aber dies geschieht nicht zu ihrem Nachteil. Es geht ihnen sogar im Hinblick auf die Art der Unterbringung, die Angebote und auf die rechtliche Überprüfung noch *besser* als in einem Strafrecht, das diesen Aspekt mit in die Bemessung der Höhe der Strafe einbezieht oder grundsätzlich auch *offene Strafen* zulässt.

Dass eine Allgemeinheit auf die hohe Rückfallgefahr nicht reagiert, ist nicht zu erwarten. Aus *generalpräventiver* Sicht droht zumal bei Triebtätern Selbstjustiz

*Differenziertes deutsches Strafrecht.* Strukturell handelt es sich bei der Ausgliederung der Maßregeln der Sicherung und Besserung um einen Parallelen zum deutschen Jugend- und Heranwachsenden-Strafrecht, das die Prävention und den Erziehungsgedanken in den Vordergrund stellt.

§ 2 I JGG lautet: „Die Anwendung des Jugendstrafrechts soll vor allem erneuten Straftaten eines Jugendlichen oder Heranwachsenden entgegenwirken. Um dieses Ziel zu erreichen, sind die Rechtsfolgen und unter Beachtung des elterlichen Erziehungsrechts auch das Verfahren vorrangig am Erziehungsgedanken auszurichten.“

Diese zweifache Differenzierung des deutschen Strafrechts erlaubt es einerseits, bestimmte Täter besonders sachgerecht zu behandeln. Beide Tätergruppen fahren -aus ihrer Sicht- mit dieser besser als mit der Alternative eines *einzigsten* allgemeinen Strafrechts. Andererseits gestattet es die Befreiung von zwei Tätergruppen auch, im Übrigen das Schwergewicht auf das *Tatschuldstrafrecht* zu legen. Ohne dieses verfügten die beiden präventiven Ansätze über weit mehr Gewicht.

*Sozialer Schuldbegriff.* Auf die Feststellung der höchstpersönlichen oder auch der autonomen Schuld verzichten deshalb diejenigen Autoren folgerichtig, die an die Stelle der individuellen Schuld, etwa mit *Streng*, einen verallgemeinernden "sozialen" Schuldbegriff<sup>358</sup> setzen, offen ein anderes Wort wählen und von Zuschreibung<sup>359</sup> oder subjektiver *Zurechnung* sprechen oder aber wenigstens den Gedanken der Verantwortung im Sinne von Zuschreibung vor die eigentliche Schuldfeststellung stellen. *Momsen* denkt über einen „zweckrationalen Schuldbegriff“ nach.<sup>360</sup> *Jakobs* behandelt den „gesellschaftsfunktionalen Schuldbegriff“.<sup>361</sup> *Freund* sieht eine „Legitimationsfunktion des Zweckgedankens im gesamten

---

<sup>358</sup> Vgl. Streng, Schuld, ZStW 92 (1980), 637 ff., 643, u. Hinw. auf den psychologischen Ansatz von Alexander/Staub, Verbrecher, 1929/1971, 203 ff., 388.

<sup>359</sup> Siehe auch Merkel, Willensfreiheit, 2014, 39 ff., 118 ff. („Zur Legitimation der normativen Zuschreibung von Schuld“).

<sup>360</sup> Momsen, Überlegungen, 2007, 569 ff., 569 ff.

<sup>361</sup> Jakobs, Bemerkungen, 2014, 280 ff., 280 ff.

Strafrechtssystem“.<sup>362</sup> Rein staatsorientiert mit Blick auf die staatliche Daseinsvorsorge erklärt er:

„Schuldausgleich um seiner selbst willen nach bereits begangener Tat ist nicht die Aufgabe des Staates. Der Einsatz der Strafe muss vielmehr zweckrational legitimiert sein durch die präventive Aufgabe des Staates, Rechtsgüter zu schützen“.

Mit diesen Deutungen wird der Begriff der Schuld für die *präventiv* ausgerichteten *Straftheorien* umgeschrieben und angepasst. Dieses Vorgehen ist *schlüssig*, weil das Gesetz die Schuld voraussetzt. Der Schuldbegriff wird aber zumindest zugleich, wenn nicht sogar vorrangig in den Dienst einer Strafzwecktheorie gesetzt, ihr also untergeordnet. Deshalb ist er insoweit auch den Vorzügen und den Nachteilen der dazugehörigen Straftheorien ausgesetzt und dort mittelbar mit zu behandeln.

Mit der sozialen Zuschreibung von Schuld hat das Gericht ferner überhaupt nur die Zugehörigkeit zu diesem oder jenem Maßstab oder Typus aufzuzeigen. Der Täter gilt als „normal“ oder er zeigt die Eigenheiten einer bestimmten Geisteskrankheit. Beides ist als *sozialer Zuschreibungsakt* jeweils voll nachweisbar, wenn nur dessen Voraussetzungen nachzuweisen sind. Die höchstpersönliche Schuld bei Begehung der Tat braucht auch nicht mehr bestimmt zu werden, wenn es auf sie nicht mehr ankommt.

Mit dem Menschenbild des selbstbestimmt handelnden, für seine Taten verantwortlichen Menschen aus Art. 1 I GG ist deshalb der Gedanke der sozialen Schuld zwar nicht zu vereinbaren. Es ist aber ein ehrlicher Weg, der die allgemeine Überzeugung von der Verantwortungsfähigkeit des Menschen als eine ebensolche „soziale“ versteht. Sie nimmt zwar auch den Menschen dennoch als „Subjekt“ war, aber er ist es nur aus dem Blickwinkel *der Anderen*.

*Fazit:* Die Idee von Sozialpflichtigkeit des Menschen, die Ausgliederung von Maßregeln und Jugendstrafrecht und der soziale Schuldbegriff bilden drei wesentliche und wichtige Aspekte des präventiven Ansatzes. Zu fragen ist nur, sollen sie den Vorrang genießen oder ein an der Menschenwürde ausgerichtet Schuldprinzip.

---

<sup>362</sup> Freund, Legitimationsfunktion, 1996, 43 ff., 55. Freund, Strafrecht AT, 2008, § 1 Rn 2 (Hervorhebungen im Original).



## II. Diskussion der präventiven Wirksamkeit des Strafens

Der empirische Haupteinwand gegen die beiden präventiven Theorien lautet, die *Wirksamkeit* der Strafe zur Verhinderung künftiger Straftaten sei bislang empirisch nicht nachzuweisen gewesen.<sup>363</sup>

Insgesamt aber ist zu differenzieren:

Gegen die *Wirkung* der Strafe spricht zudem, dass die *emotionalen* Motivationsstränge, die zu einer Tat führen, nicht durch Strafen eines fernen Staates zu beeinflussen sind. Das Grundmodell bilde jedoch der planende Täter. Zu ihm ergeben zwar Untersuchungen, dass er das Verurteilungsrisiko zu hoch und auch die zu erwartende Strafe zu hart einschätzt.<sup>364</sup> Die Symbolik der Gesetzgebung mit ihren hohen Strafrahmen wirkt also auf ihn. Aber er vertraut offenbar dennoch, insofern vielfach gegen seine eigenen Annahmen darauf, nicht entdeckt oder nicht überführt werden zu können.

Dass die abschreckende Wirkung der Androhung von Strafen nicht so sehr von ihrer Härte als vielmehr von der Gewissheit ihres Eintritts abhängt, haben bereits *Montesquieu* und *Beccaria* erklärt<sup>365</sup>. Dieser Einwand ist also altbekannt. Ad absurdum argumentiert: Gesetzten Fall, alle Straftäter würden bekanntermaßen sofort gefasst und bestraft und müssten die Beute herausgeben oder den angerichteten Schaden wiedergutmachen, also Schadensersatz im Sinne des bürgerlichen Rechts leisten, dann würden Straftaten, zumal eigennützige und sonstige rationale Taten, nur noch von Schwachsinnigen begangen werden. Für sie empfehle sich dann auch statt Strafe die Unterbringung.

Ältere Untersuchungen haben zudem ergeben, dass nicht einmal ein Zusammenhang zwischen Todesstrafe und Mordrate festzustellen war<sup>366</sup>. Zudem existieren besondere Methodenprobleme: Für Gewalttäter, die Ersttäter sind, und sie bilden mit den Mördern am oberen Ende der Skala den strafrechtlichen

---

<sup>363</sup> So nachdrücklich Kühne, Strafrechtsstrukturen, 2000, 9 ff., 10, zur Spezialprävention u. Hinw. auf Eisenberg, Kriminologie, 2005, § 42, Rn 3 f.; zur Generalprävention auf Eisenberg, Kriminologie, § 41, Rn 6; Kaiser, G., Einführung, 1997, 81. Siehe auch: Streng, Sanktionenrecht, 2012, I, 4 („Empirische Befunde zur präventiven Wirksamkeit des Strafrechts“); Morgenstern, Strafen, 2016, 103 ff. („Was sind eigentlich „wirksame, verhältnismäßige und abschreckende“ Strafen?“).

<sup>364</sup> Meier, B.-D., Sanktionen, 2014, 3.3. 2 („Spezialpräventionsforschung“); Kaiser, G., Kriminologie, 1996, § 31, Rn 33 ff.

<sup>365</sup> Montesquieu, Geist, 1950, 112 ff., m.w.N.; siehe dazu auch Arzt, Ruf, 1976, 66; Beccaria, Verbrechen, 1766/ 1966, 74, 94, 107; die Betonung der Milde auch bei Hommel, Beccaria, 1966, 933 ff., 110 ff.; in diesem Sinne auch Otto, Generalprävention, 1982, 11 ff.

<sup>366</sup> Vgl. den Überblick bei 4.-D., Sanktionen, 2015, 3.3.2 („Spezialpräventionsforschung“)

Modellfall, bedürfte es für eine sozialwissenschaftliche Aufarbeitung einer hinreichend großen *Parallelgruppe* von Tätern, die in Freiheit verbleiben, um dort, möglichst heimlich, überwacht zu werden<sup>367</sup>. Diese notwendigen und üblichen Versuchsvorgaben sind keiner Gemeinschaft zuzumuten. Außerdem müsste geprüft werden, welche Ersatzmodelle eine Gemeinschaft auf längere Zeit ohne Strafrecht entwickeln würde, etwa Privatstrafen, wie es der anti-etatistische Abolitionismus vorschlägt.

Der belegte Umstand, dass ein Strafrecht nahezu allen politischen Gemeinschaften zu eigen ist, bildet deshalb einerseits ein Indiz für seine Wirksamkeit. Allerdings setzt dies die Rationalität des Strafens voraus. Strafen könnte stattdessen entweder alternativ oder kumulativ in einem jedenfalls vorrangig *emotionalen* Gerechtigkeits- oder Vergeltungsbedürfnis des Menschen gegründet sein. Er könnte mit ihm einem dunklen emotionalen Harmoniekult dienen. In einer rationalen und säkularen Welt müsste ein solcher Drang nach Widervergeltung, sobald er nicht zu erklären ist, entweder ethisch etwa zur absoluten Gerechtigkeit überhöht oder aber wegen seiner blinden Grausamkeit aus der Wahrnehmung verdrängt werden.

Die Forderung, die Strafe als *ultima ratio* anzusehen, ließe sich dennoch als deren verfassungsmäßiges Gegenrecht verstehen. Die Wirkung der Strafe müsste aus verfassungsrechtlicher Sicht zumindest insoweit empirisch aufzuzeigen sein, dass der Gesetzgeber sich mit seinem weiten politischen Gestaltungsspielraum auf die Untersuchungen ernsthaft stützen und seine Kriminalpolitik nach dem Verfassungsprinzip der *Effektivität der Strafrechtspflege* auf sie gründen könnte. In seiner Entscheidung zur lebenslangen Freiheitsstrafe konstatiert das *Bundesverfassungsgericht* zwar, dass es bisher „keine fundierten Effizienzuntersuchungen“ gebe<sup>368</sup>, fordert sie aber auch nicht mit den ihm zur Verfügung stehenden Auflagen ein. Die wirtschaftliche Entwicklung und die Steuereinnahmen lässt der Bundesstaat durch Sachverständigengutachten abschätzen. Für die Kriminalität fehlt es offenbar bereits an der Erwartung, den Steuerungseffekt überhaupt belegen zu können.

---

<sup>367</sup> BVerfG NStZ 2002, 98 f (99): Verbot der zwangsweisen Totalbeobachtung zur Anfertigung eines zweiten psychiatrischen Gutachtens: „unantastbarer Kernbereich des Persönlichkeitsrechts des Beschuldigten“ (Art. 2 I GG i. V. m. Art. 1 I GG), „der dadurch zum bloßen Objekt staatlicher Wahrheitsfindung gemacht würde, dass sein Verhalten nicht mehr als Ausdruck seiner Individualität, sondern nur noch als wissenschaftliche Erkenntnisquelle verwertet würde. Zur Existenz eines „unantastbaren Bereiches privater Lebensgestaltung“ gegenüber aller staatlicher Gewalt“ generell auch BVerfG 32, 373, 379; BVerfG 65, 1, 44 sowie ebenfalls auch BVerfG NStZ 2002, 98.

<sup>368</sup> BVerfG 45, 187, 256; Küpper, Grenzen, 1990, 57.

Schumann, folgert daraus, dass die Abschreckungswirkung des Strafrechts verschwindend gering ist, zugespitzt, aber einsichtig, dass es sich insoweit nur um eine generalpräventive „*legitimatorische Denkfigur*“ handeln könne. Sie sei Teil eines bloßen normativen Diskurses<sup>369</sup>. Diese Sichtweise immunisiere sich selbst derart gegen die empirische Überprüfbarkeit, dass sie die denkbaren und bereits auch betriebenen kritischen Wirksamkeitsprüfungen nicht einmal mehr wahrnehme<sup>370</sup>. Für die Erhaltung der Rechtsstreue sind jeweils nur die Annahmen beachtlich, von denen die jeweilige Allgemeinheit der Rechtstreuen ausgeht. Deshalb genügt es, an das rationale Argument der Gefahrenabwehr durch Strafe zu glauben. Obwohl empirische Nachweise wenigstens erstrebt werden könnten, reicht der normative Konsens aus. Die Strafe erhält den Rang einer Weltanschauung.

Die vorhandenen Gründe und Möglichkeiten, wenngleich auch Gefahren und Grenzen der Individualprävention, werden nicht, wie in der Demokratie zu erwarten wären, öffentlich in einem kriminalpolitischen Gesamtkonzept abgewogen und dargelegt.

*Intrasystematische Eigenheiten* gehörten dazu. Die Grundlage insbesondere der Individualprävention bildet die *Legalprognose*. Die *Prognosegrundlagen* stufen die empirischen Fachwissenschaften bereits als schwer bestimmbar ein<sup>371</sup>. Prognosen sind einerseits auf künftiges Verhalten gerichtet und beruhen andererseits auf der Erfahrung mit vergangenem Verhalten<sup>372</sup>. Sie sind schon deshalb schwierig zu stellen, weil die Gefährlichkeit des Täters vielfach vermutlich weitgehend situationsbedingt ist.<sup>373</sup> Auch ist dieser Ansatz kaum mit dem Gedanken der Unschuldsumutung (vgl. dazu auch Art. 6 II EMRK) zu vereinbaren. Ihm fehlt eine ethische Kategorie.

---

<sup>369</sup> Schumann, Generalprävention, 1989, 53. Für solche Aussagen aber wären rechtssoziologisch-empirische Forschungen angemessen. Kritisch auch zu den Schwierigkeiten einer "Falsifizierbarkeit" solcher Gedanken: Hassemer, Generalprävention, 1979, 29 ff., 36; sowie Giehring, Forschung, KrimJ 1987, 2 ff., 3.

<sup>370</sup> Schumann, Beweisbarkeit, 1998, 17 ff., 19, dort auch zusammenfassend zu den „Immunisierungsstrategien“ dieser Lehre gegen die Empirie mit der Folgerung, dass die positive Generalprävention jedenfalls „geschickten Strategien der Evaluationsforschung nicht völlig resistent gegenüber stehen müsse.“

<sup>371</sup> Vgl. Eisenberg, Kriminologie, 2005, § 42, Rn 3 ff.; Meier, B.-D., Sanktionen, 2014, 3.3.2 (zu den Methoden der Spezialpräventionsforschung); Schnell/ Hill/ Esser, Methoden, 1999, 215 ff., zu methodologischen Problemen.

<sup>372</sup> Mathiesen, Gefängnislogik, 1989, 100 ff., u. Hinw. auf die Untersuchungen von Greenwood/ Abrahamse, Selective Incapacitation, 1982; Chaiken, Varieties, 1982; die Methodenkritik daran von Hirsch, A. v., Past, 1986, 110 ff.; sowie in Auseinandersetzung mit Wilson, J. Q., Thinking, 1983, u.a. 171 ff.

<sup>373</sup> Mathiesen, Gefängnislogik, 1989, 117.

Andererseits zeichnet sich auch eine Parallelität zur Tatschuldstrafe ab: Wer sich für eine schwierige Prognose auf nachweisbar begangenes *ähnliches Verhalten* eines Menschen stützt, also auf die vorausgegangene Straftat, greift immerhin nach dem verlässlichsten aller möglichen Mittel. Aus Art und Maß der gezeigten Gefährlichkeit ergibt sich die Prognose für die künftige Gefährlichkeit. Schon die gesetzlichen Tatbestände zeigen, dass Menschen, wenn überhaupt, zu ganz bestimmten strafwürdigen Verhaltensweisen neigen: Die Erscheinung des Rückfalls beweist, dass Menschen, wenn sie straffällig werden, vielfach auch bestimmte Verhaltensweisen wiederholen.

Die Legalprognosen können deshalb zwar auch weitgehend parallel zur Schuldstrafe vorrangig an der Tat ausgerichtet werden. Aber, wie die Maßregeln der Besserung und Sicherung zeigen, kann die Tat auch nur den Anlass zur Betrachtung einer sozialen *Persönlichkeit* geben. Sie zielt auf ein *deterministisches* Täterprofil. Die Individualprävention erfordert eine personale Sanktion. Die Sicherungsverwahrung des § 66 StGB verlangt dazu im Regelfall eine dreifache Wiederholung einer schweren einschlägigen Tat, deren letzte präventiv formuliert eine „Symptomtat“ darstellt<sup>374</sup>.

*Generalpräventiv* sind andererseits prototypisch für die gesamte organisierte Kriminalität zwei abstrakt normierbare Fallgruppen geregelt: die *Bandendelikte* verlangen eine organisatorisch-professionalisierte Struktur, die auf fortgesetztes Handeln ausgerichtet ist und die *Gewerbsmäßigkeit* betrifft das nachweisbare Erstreben einer fortlaufenden Einnahmequelle.

*Freiheitsstrafen* verbüßen entweder Straftäter, die eine einzelne schwere, in der Regel eigennützige Gewalttat oder zahlreiche einschlägige Wiederholungstaten begangen haben. Allenfalls eine leicht erhöhte Wiederholungsgefahr ist bei Menschen anzunehmen, die solchermaßen einmal und eine deutlichere bei denjenigen, die mehrfach mit erheblichen Straftaten in Erscheinung getreten sind. Erst bei hartnäckigen Rückfalltätern erübrigt sich eine Prognoseuntersuchung. Für Delikte gegen die sexuelle Selbstbestimmung vermutet der Gesetzgeber mit der Reduktion der Anforderungen der Sicherungsverwahrung auf eine schwere Vortat eine erhöhte Wiederholungsgefahr. Aber sämtliche Ersttaten und sonstigen Delikte jenseits

---

<sup>374</sup> Zum Beispiel BGH Strafverteidiger 2003, 158; zudem: BGH HR § 66 I, Hang 10; Fischer, StGB-Kommentar, 2017, § 66 Rn 13 f. konstatiert die Verschwommenheit des Begriffs des „Hanges zu erheblichen Straftaten“: (negativ: keine reinen Konflikts-, Gelegenheits- oder Augenblickstaten, positiv: ein „eingeschliffenes Verhaltensmuster“, es ist aber kein naturwissenschaftliches, sondern ein normatives Kriterium, dessen Abgrenzung zur *Prognose* kaum möglich ist und dessen Eigenständigkeit deshalb auch bezweifelt wird, Verschulden werde nicht vorausgesetzt).

dieser Fallgruppen fallen im Gegenschluss aus diesem Bereich des Vorhersagbaren heraus.

Die Prognosen sind insgesamt derart unsicher zu erstellen, dass ihre Probleme im Positiven wie im Negativen zugleich hinreichenden Raum für die Annahme der Willensfreiheit des Menschen eröffnen.

Erst ein mehrfacher *Rückfall*<sup>375</sup> bildet eine gewisse und auch altbekannte<sup>376</sup> Prognosegrundlage.

Von den Gründen für die *eingeschränkte individualpräventive Wirkung* der staatlichen Strafe sind insbesondere die drei folgenden zu nennen:

(1) Die *Sozialisation* des Täters, der mit der Strafe resozialisiert werden soll, wird generell *nicht* von den ihm nur laienhaft bekannten staatlichen Gesetzen bestimmt. Nicht nur zu Beginn seiner persönlichen Entwicklung, sondern auch als Erwachsener sind für ihn die moralischen Einstellungen und Ansichten seiner primären, meist familiären Bezugssysteme, seiner sekundären Freundschaften mit Gleichen und auch die tertiären beruflichen Bezugssysteme maßgeblich. Die Sorge vor der Missbilligung durch die Familie oder enge Freunde ist umso stärker, je gewichtiger die Tat vom Täter eingestuft wird<sup>377</sup>. Deshalb müssen Sozialarbeiter im Vollzug versuchen, Selbst- und Fremdwahrnehmungsstrukturen und -fähigkeiten aufzubauen. Ausbildungsangebote, nicht aber allgemeinmoralische oder juristische Schulungen stützen als Angebote diese Ausrichtung. Der Täter muss sich als Teil der *Gemeinschaft* wahrnehmen.

(2) Soweit es sich allerdings um Straftaten mit schweren Folgen, insbesondere um *Kapitaldelikte* handelt, ist die Missbilligung, von gruppenspezifischen Besonderheiten und provozierten Taten abgesehen, mutmaßlich universeller Natur. Die allgemeine *Moral* als Teil der eigenen Kultur und nicht die

---

<sup>375</sup> Trotz Aufhebung der starren Rückfallsregelung des § 48 a. F.-StGB umfassend Zipf, Behandlung, 1989, 439 ff.; zudem auch Erhard, Strafzumessung, 1992, 41; Hermann, Inhaftierung, ZfStrVo Jg. 39, 1990, 76 ff.; Hermann/ Kerner, Eigendynamik, KZfSS 1988, 485 ff., 485.

Aus kriminologischer Sicht siehe auch Dünkel, Kriterien, Mschr Krim 64, 1981, 279 ff.; Baumann / Maetze / Mey, Rückfälligkeit, Mschr Krim 66, 1984, 193 ff., 193 ff; Hermann, Inhaftierung, ZfStrVo Jg. 39, 1990, 76 ff. Hermann, Inhaftierung, ZfStrVo Jg. 39, 1990, 76 ff Hermann, Inhaftierung, ZfStrVo Jg. 39, 1990, 76 ff.; Hermann/ Kerner, Eigendynamik, KZfSS 1988, 485 ff., 485.

<sup>376</sup> Zur Rechtsgeschichte der Strafschärfung als Selbstverständlichkeit vgl. den Überblick bei Erhard, Strafzumessung, 1992, 52; zur These „Wiederholung steigert die Strafe“ (iteratio auget poenam); zudem: Bindokat, Rückfallstrafe, ZStW 71 (1959), 218 ff., 282 f.

<sup>377</sup> Schöch, Grundlagen, 1985, 1081 ff., 1098 ff.; Schöch, Rechtswirklichkeit, 1996, 291 ff.

Strafbarkeit wirkt hemmend. Es ist mittelbar die "sittenbildende Kraft des Strafrechts" (*Hellmuth Mayer*)<sup>378</sup>, durch die es die Moral mitprägt. „Die Gesetzgeber suchen die Bürger durch Gewohnheit zu veredeln“, meinte schon *Aristoteles*<sup>379</sup>.

(3) Mit *Baratta* ist dennoch festzustellen: Das Gefängnis kann realistisch betrachtet *nicht resozialisieren*, sondern *nur neutralisieren*<sup>380</sup>. *Murmann* verweist auf die „Resozialisierungseuphorie“ der 70er Jahre.<sup>381</sup> In der entprivatisierten und militarisierten Isolierung sich der Großgemeinschaft der Freien zu öffnen, ist nur wenigen möglich. Nachweisbar wirksam ist die zu vollstreckende Freiheitsstrafe also nur, aber immerhin insofern, als der Gefangene während der Haftzeit außerhalb der Vollzugsanstalt kaum noch Straftaten zu begehen vermag.

Der Resozialisierungsgedanke dient vor allem im humanistischen Sinne dazu, den Vollzug *weniger schädlich und menschenwürdiger* ausfallen zu lassen<sup>382</sup> als seine Alternative, der alte Verwahr- oder gar der „harte Vollzug“. Letzterer bringt in der Regel diejenigen Erniedrigungen und Grausamkeiten mit sich, die zum Beispiel Art. 3 EMRK ausdrücklich untersagen zu müssen meint.

Ist aber die Wirksamkeit der Strafe für den Rechtsgüterschutz nicht nachzuweisen, so ist mit *Prittwitz* die Frage nach der *Beweislast* zu beantworten<sup>383</sup>. Da es sich um einen belastenden Eingriff in die Freiheitssphäre der Bürger handelt, müsste trotz aller notwendigen Spielräume, die auch und insbesondere das *Bundesverfassungsgericht* dem Staat bei der Gesetzgebung einräumt<sup>384</sup>, zumal bei Anwendung des Ultima-ratio-Prinzips und jedenfalls im Bereich längerfristiger Freiheitsstrafen, dem Staat und damit der Gemeinschaft die Beweislast zufallen. Im Zweifel wäre also auf Strafe zu verzichten.

(4) Auch sprechen die Sozialstrukturen innerhalb der Strafvollzugsanstalten für ein zum Teil ausgrenzendes und somit missbräuchliches real existierendes *Unterschichten- und Fremdenstrafrecht*.

---

<sup>378</sup> Mayer, H., Strafrecht AT, 1967, 33.

<sup>379</sup> Aristoteles, Nikomachische Ethik, 1103a; Rethmann, Nutzen, Rechtstheorie 31 (2000), 113 ff., 129.

<sup>380</sup> Baratta, Resozialisierung, 1 ff., 2 f. (Die Theorie der Resozialisierung sei „ein idealistischer Fehlschluss“, man stelle eine kontrafaktische Norm auf, die nicht realistisch werden könne und somit eine unmögliche Norm sei.). Zur Politik des Gefängnisabbaus vgl. auch Müller- Dietz, Strafvollzug, 995.

<sup>381</sup> Murmann, Grundkurs, 2015, § 8 Rn 32.

<sup>382</sup> Baratta, Resozialisierung, 1 ff., 4.

<sup>383</sup> Prittwitz, Schutz, 1995, 19 ff., 23, Fn 12, m.w.N.

<sup>384</sup> BVerfG, Beschl. vom 9.3.1994, BVerfG 90, 145.

Weder (a) die schwere Wirtschafts- und Umweltkriminalität, noch (b) die allgemeine Verkehrsdelinquenz mit beachtlicher Todesrate, noch (c) die ubiquitäre schwere Gewalt in der Familie unterhalb von Tötungsdelikten, noch (d) der sexuelle Missbrauch in Form der Teilnahme an der Kinder- und Zwangsprostitution bestimmen den Kern der Straftätergruppen, die im *Normalvollzug* einsitzen<sup>385</sup>. Die Freiheitsstrafe als Sozialisationsmaßnahme trifft erkennbar und folgerichtig auch umgekehrt vorrangig diejenigen, die die Allgemeinheit für *resozialisierungsbedürftig* erachtet.

Die *provokativen Thesen* lauten:

- (1) Zu bezweifeln ist -auch aus diesen Gründen-, dass die Individualprävention in der gegenwärtigen Kriminalpolitik einen eigenständigen und nicht nur einen vorgeschoben *generalpräventiven Begründungsstrang* darstellt.
- (2) Die Realität gebietet vielmehr, zumindest bis zur Entwicklung einer allumfassenden einheitlichen Strafbegründung, für die verschiedenen Gruppen jeweils verschiedene *Unter-Strafrechte mit eigenen passend eingefärbten Strafrechtsbegründungen vorzuhalten*<sup>386</sup>.
- (3) Für die Frage nach Sinn und Zweck des Strafens sind auch deshalb als die eigentlichen Allgemeindelikte vorrangig die *schweren Gewalt- und ihr Kern die vielfältigen Kapitaldelikte des § 74 II GVG* heranzuziehen.

Die rechtlichen *Folgerungen* aus der Individualprävention sind *verfassungsrechtlich* bedenklich: Die maßgebenden Umstände, die den Täter als künftig gefährlich erscheinen lassen, müssen den Betreffenden als die seinen nur objektiv zugerechnet werden. Individuelle Schuld ist nicht vonnöten. Er ist als ein *sozialpathologisch* defekter Mitmensch dem erziehungsbedürftigen Kind und dem allgemeingefährlichen Geisteskranken gleichgestellt. Er gilt als Störer im polizeirechtlichen Sinne. Es genügt, dass der Täter objektiv eine Gefahrenquelle darstellt.

Wer durch Strafrecht Individualprävention betreibt, steht nolens volens dem Determinismus zumindest nahe. Der Täter ist für ihn das Objekt von Maßregeln der Besserung und Sicherung. Der Schuldbegriff ist, sofern er beibehalten wird, durch eine entsprechende präventive Deutung auszufüllen.

---

<sup>385</sup> Zur These vom Unterschichtenstrafrecht: Dünkel, Forschung, 1996, 61 ff., 80; Schünemann, Unterschichtsstrafrecht, 2000, 15 ff. sowie Eisenberg, Kriminologie, 2005, 1193.

<sup>386</sup> Zur Trennung von Feindstrafrecht und Bürgerstrafrecht: Jakobs, Selbstverständnis, 2000, 47 ff., 51 ff.

Der Verdacht für erste Maßnahmen zu Gefahrenabwehr reicht zunächst aus. Die Gefahren müssen aber ordnungsgemäß verifiziert werden. Insofern ist ein Gerichtsverfahren nicht überflüssig. Denn die falsche Gefahrenquelle beseitigt zu haben, beseitigt vielleicht vorübergehend das aufflammende Vergeltungsbedürfnis, nicht aber die reale Gefahr.

Elemente eines *Gefährdungsstrafrechts* existieren bereits. Vonnöten ist ein *dringender Verdacht* und eine entsprechende *Situation*, um die Mittel der Gefahrenabwehr vorbeugend einzusetzen. Rechtsgüterschutz ist auf diese Weise am effektivsten zu leisten. Dass bei tatsächlicher Gefahr, deren Abwehr besser als Strafe und noch besser jede Vorbeugung ist, die Personen von Angriffen abhält, ist unbestreitbar. Knappe, an dieser Stelle nicht weiter belegte Hinweise sollen genügen:

(1) Der gegenwärtige Angriff auf ein Rechtsgut ist als unmittelbares Ansetzen zur kodifizierten Tathandlung durch die Versuchsstrafbarkeit bei allen Verbrechen miterfasst. Seiner Wiederholung wird also auch vorgebeugt.

(2) Das Strafrecht enthält zudem bekanntlich eine Reihe von alten und neuen Gefährdungstatbeständen, wie das Herstellen von Falschgeld (§ 146 ff. StGB), die Brandstiftung (§ 306 StGB) oder das Fahren im Straßenverkehr in fahruntüchtigem Zustand (§ 316 StGB). Zu einer konkreten Gefährdung oder Verletzung des Rechtsgutes muss die Tat nicht geführt haben.

(3) Geboten ist ihre Regelung zum Teil auch deshalb, um fahrlässiges Verhalten, das die Versuchsstrafbarkeit nicht miterfassen kann, mit unter Strafe zu stellen. Ebenso ist zu fragen, inwieweit fahrlässiges Verhalten insgesamt noch als autonome Entscheidung des Täters zu begreifen ist, ob es nicht vielmehr eine verkappte Vorsatzvermutung darstellt oder eine einfache Zurechnung beinhaltet.

(4) Darüber hinaus kennt das Prozessrecht den Haftgrund der Wiederholungsgefahr, der für bestimmte schwere Straftaten in der Regel dem Wortlaut entsprechend lediglich einen dringenden Tatverdacht voraussetzt (§ 112 a StPO)<sup>387</sup>. Der Freiheitsentzug ist im Falle der Verurteilung nicht nur auf die Strafe anrechenbar, sondern geht bei dieser Deliktsgruppe für den Täter und aus der Sicht der Öffentlichkeit nahtlos in den sichernden Strafvollzug über.

Die drei letzten Einwände gegen die beiden präventiven Strafbegründungen ergeben sich aus den entsprechenden Vorzügen des Gedankens der Tatschuldvergeltung:

---

<sup>387</sup> Zum engen Zusammenhang zwischen Gefahr, Verdacht, Vermutung siehe Montenbruck, In dubio, 1985, 88 ff., m.w.N.



(1) Derjenige, der nach Recht und Ordnung und Erhaltung der Rechtstreue ruft, also Strafen zu generalpräventiven Zwecken einsetzt, muss bei der Massenkriminalität zu *hohen* und generell zu *öffentlichen* Strafen neigen. Denn je geringer die mutmaßliche Aufklärungsrate einzuschätzen ist, desto höher und nachdrücklicher müssten die exemplarischen und somit symbolischen Strafen für nachgewiesene Taten anzusetzen sein. Die besonders grausamen und öffentlichen Vollstreckungen der Todesstrafe, verbunden mit Volksfesten, kennzeichnen die Auswüchse eines solchen disziplinarischen Ansatzes.

(2) Präventive Strafbemessung erscheint, weil nicht tatbezogen, sondern entweder an den Bedürfnissen der Kriminalpolitik oder aber am Sozialisationsgrad des Täters ausgerichtet, nicht durchgehend als „tat-gerecht“. Doch ist die Frage nach der Bemessung der Strafe eine insgesamt nachrangige. Auch wenn Strafzumessung und Strafbegründung einander bedingen, kann die Art der Zumessung nur ein Hilfsargument im Sinne einer Prüfung der Folgen einer bestimmten, hier der präventiven Strafbegründung bieten.

(3) Der verfassungsrechtlich relevante Haupteinwand gegen die Begründung der Strafe mit dem Erfordernis der Prävention lautet aber: Jede Form der Prävention erniedrigt den Verurteilten zum *Objekt* der Strafverfolgung. Insbesondere das exemplarische Strafen ist mit dem modernen Menschenbild des Art. 1 GG nicht zu vereinbaren.

*Fazit:* Diese Mängel sind im Kern bekannt. Aber jede Vereinigungstheorie schwächt diese Mängel ab.

### **III. Begriffswelten von Prävention und Repression (Niggli), reine Verhältnismäßigkeit im Präventionsstrafrecht (Kaspar) oder Schuldangemessenheit als Verhältnismäßigkeit (BVerfG)**

*Bipolaritäten und Veränderungen.* Der Schweizer Rechtsphilosoph Niggli<sup>388</sup> betrachtet die neue Entwicklung und Deutung des Strafrechts weg von der alten *Repression* (wörtlich: zurückdrücken) hin zur neuen *Prävention*.

Dabei listet Niggli perfekt -und insofern ähnlich wie der staatskritischen Kriminologe Peter-Alexis Albrecht<sup>389</sup>- diejenigen *Bipolaritäten* auf, zwischen

---

<sup>388</sup> Niggli, Strafrecht, plädoyer 2/14 , 1. Ebenso: Niggli, Repressionsstrafrecht, 2014, 13 ff. , 14.

<sup>389</sup> Albrecht, Weg, 2010 („Der Weg in die Sicherheitsgesellschaft: Auf der Suche nach staatskritischen Absolutheitsregeln“), hier unter Überschrift „Zum Formenwandel sozialer Kontrolle im Präventionsstaat“: 120 ff.

denen wir uns zu bewegen haben. Er bietet eine Reihe von Polen zwischen denen, sich auch die *Vereinigungstheorie*, in welcher Form auch immer, zu verorten hat. Er zeigt somit nicht nur die *Alternative* zum Schuldstrafrecht auf, sondern beschreibt auch die *Konsequenzen*, die ein reines Präventionsstrafrecht zu tragen bereit sein muss. Er legt auf diese Weise auch die Folgen offen, die jede Zwischenlösung auf sich zu nehmen hat, die zwar ihren Platz noch innerhalb der Vereinigungstheorie sucht, aber deren präventive Elemente stark betont.

*Niggli* Schaubild lautet:

„*Bisher / Neu*  
Gerechtigkeit- Sicherheit  
Verletzung- Gefährdung  
Repression- Prävention  
Vergangenheit- Zukunft  
Tatsache - Risiko  
Strafe - Maßnahme  
Individuum – Gesellschaft“.

Noch einmal von hinter nach vorn gelesen: Im Prävention (straf-) recht dominiert die Gesellschaft den Einzelnen. Das Maßregelrecht ersetzt das Strafrecht - es gibt also eigentlich keine Strafe und somit auch kein echtes Strafrecht mehr, was auch der Fragen von Sinn und Zweck der Strafe überflüssig werden lässt. Statt Tatsachen und Taten in der Vergangenheit regieren Prognose- als Risikoerwägungen aus dem Blickwinkel der Gesellschaft für die Zukunft etc.

Wichtig ist der Pendelschlag weg von der *Gerechtigkeit* hin zur *Sicherheit*, die allerdings etwa Art. 5 EMRK als *Paarung* von „Recht auf Freiheit und Sicherheit“ zusammenschweißt und die auch der Schutzidee, etwa als Grundrechtsschutz, immanent ist.

Bislang gilt die Gerechtigkeit als *minimalethisches* Kernelement der *Rechtidee* und damit auch des Strafrechts. Der -deutsche- Vorrang des *Rechtsstaats* wird (oder würde) ersetzt durch einen Vorrang des -fürsorgenden- Sozialstaats. *Niggli* selbst sorgt sich davor, aber er fürchte auch ein wenig die alte Alternative. Denn:

„Liegt der Grund des staatlichen Eingriffs nicht in einer Veränderung des Fokus *Vorwurf dem Täter* gegenüber, wird er *entpersonalisiert* und *objektiviert*. Er versteht sich quasi von selbst, er «geschieht». *Nicht nur der Straftäter kann nichts für seine Tat, auch die Gesellschaft kann nichts für ihre Reaktion.*“

Deshalb folgert er mit Bedenken: „Dass wir uns eine rächende und repressive Justiz zurückwünschen müssen, weil sie *fairer, ehrlicher und gerechter* war als all diese schöne neue Welt“<sup>390</sup> (im Sinne von *Huxley*).

So lauert hinter allem die *Systemfrage*. In welcher Art von Gesellschaft wollen wir leben? Darauf hat die deutsche *Verfassung* dadurch geantwortet, dass sie die Idee von der Unantastbarkeit der Menschenwürde eines jeden -und auch für den Mordtäter- an den Anfang gesetzt hat, und zwar im Sinne eines kategorischen Imperativs. In anderen westliche Kulturen gilt dies nicht in gleichem Maße.

In der Wirklichkeit aber leben wir weder in der Vergangenheit noch in der Zukunft, sondern in einer -sich ständig wandelnden- *Gegenwart*. Wir blicken regelmäßig zurück, um für die Zukunft etwas zu lernen. Die Tat interessiert uns immer noch, und zwar auch unmittelbar, weil der Täter immer stolz darauf sein könnte, weil die Opfer noch leiden und der Rechtsbruch weiter andauert etc.

Meines Erachtens müssen wir am Ende „*dialektisch*“ vorgehen und mithilfe der Extreme, eine pragmatische Art von breitem *Mittelweg* suchen. Dies ist die vornehmste Aufgabe einer *Vereinigungstheorie*.

*Präventionsstrafrecht und Verhältnismäßigkeit.* Kaspar<sup>391</sup> bietet ein „*Präventionsstrafrecht*“, das er streng aus dem öffentlich-rechtlichen Blickwinkel des deutschen Verfassungsrechts heraus entwickelt. Er sucht vor allem die wichtige Einzelfrage nach der Verhältnismäßigkeit des Strafens auszuloten.<sup>392</sup> An die Stelle der *schuldangemessenen Strafe* sei das Verfassungsprinzip der (Un-)Verhältnismäßigkeit zu verwenden.<sup>393</sup>

In der Tat fordert auch die EU-Grundrechtecharta in ihrem Art. 49 III nur: „*Das Strafmaß darf gegenüber der Straftat nicht unverhältnismäßig sein.*“ Von Schuldangemessenheit spricht sie jedenfalls nicht und was der Satz von der

---

<sup>390</sup> Niggli, Repressionsstrafrecht, 2014, 13 ff. 51 (kursive Hervorhebungen nicht im Original)

<sup>391</sup> Zu „Verhältnismäßigkeit und Präventionsstrafrecht“, Kaspar, Verhältnismäßigkeit, 2014, 27 ff (Zusammenfassung, 820 ff: Verfassungsrechtlich sei der Rückgriff auf den Strafzweck des „Schuldausgleichs“ nicht zulässig und auch nicht notwendig. Das Verhältnismäßigkeitsprinzip erweise sich gegenüber dem klassischen Schuldprinzip sogar als strengerer Maßstab, man muss ihn nur konsequent anwenden und zugleich die empirischen Forschungsergebnisse zu den präventiven Wirkungen des Strafrechts berücksichtigen) siehe auch etwa 28 f. (zur verfassungsrechtlichen Legitimation und Begrenzung speziell des materiellen Strafrechts). Dazu auch: Jung, Verhältnismäßigkeit, GA 2015, 463 ff.

<sup>392</sup> Siehe auch Jäger, SK StGB, 2017, Vor § 1, Rn 22 „Strafrecht als Mittel des Rechtsgüterschutzes“, und in Rn 23 ff: „geeignet, angemessen und verhältnismäßig im engen Sinne“.

Unantastbarkeit der Menschenwürde in ihrem Art. 1 aus der Gesamtsicht der Europäischen Völker bedeuten soll, ist noch nicht hinreichend geklärt.

Von der EU-Charta setzt sich jedenfalls das *Bundesverfassungsgericht* mit seiner Lissabon-Entscheidung ab, in dem es auf das Subsidiaritätsprinzip nutzt und sich für das deutsche Strafrecht auf das *Schuldprinzip* erkennt.

Das Grundanliegen und die Wirkungen der *Schuldangemessenheit* und der *Verhältnismäßigkeit* sind jedoch zumindest ähnlich. So verschmilzt das *Bundesverfassungsgericht* beide Ansätze sogar unter der Vorherrschaft der Idee der Schuldangemessenheit, wenn es erklärt:

*„Auf der Ebene des Straferkenntnisses verlangt der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz eine Zumessung der Strafe nach dem Maß der Schuld und der Strafbedürftigkeit. Er deckt sich insoweit in seinen staatlichen Strafen begrenzenden Wirkungen mit dem ebenfalls mit Verfassungsrang ausgestatteten Schuldprinzip (...), das in seiner Ausprägung als Gebot schuldangemessenen Strafens verlangt, dass die Strafe die Schuld des Täters nicht übersteigt und in einem gerechten Verhältnis zur Schwere der Tat und zum Maß der Schuld des Täters steht“.*

Es subsumiert dann etwas später:

*„Durchführung des Strafverfahrens und Strafausspruch sind verhältnismäßig.“*  
394

Die Standpunkte unterscheiden sich jedoch. Die Schuldidee gehört zu einem halbselbständigen Strafrecht. Die Verhältnismäßigkeit gründet dagegen unmittelbar auf dem Verfassungsrecht. Danach ist eine solche Straftheorie nicht mehr halbautonom, sondern direkt dem Verfassungsrecht unterworfen. Das Strafen erscheint danach bloß als eine Unterform des präventiven Maßregelrechts gem. §§ 61 ff StGB, und nicht umgekehrt diese als eine Sonderregelung im Schuldstrafrecht.

*Gesetzeskonform* und auch *praxisnah* erscheint es, solange bis ein solcher in sich schlüssiger Ansatz auch im Gesetzesform gegossen ist, folgendermaßen zu verfahren: Es ist zwar weiterhin die Idee des Schuldstrafrechts zu vertreten, sie ist aber mit präventiven Erwägungen aufzuladen, auch lässt sich die Schuldidee in extensiver Auslegung noch präventiv nachformen. Zudem bietet es sich an die großen Verfassungsprinzipien als Korrekturangebot im *Hintergrund* des Schuldstrafrechts mitlaufen zu lassen. So können die Elemente der Verhältnismäßigkeit, die ihre ausführliche Diskussion im öffentlichen Recht ergeben hat, entweder mit in die Frage nach der Schuldangemessenheit einfließen. Der Vorgang des „Anmessen“ ist der gleiche. Deutliche Milderungen, könne zu einem *gesonderten Strafverzicht* führen. Methodisch geschieht dies in derselben Weise, in der das

---

<sup>394</sup> BVerfG Beschluss vom 04. Dezember 2007 - 2 BvR 38/06- 2 BvR 38/06 , Abs. Nr. 39 und 41

*Bundesverfassungsgericht* die lebenslange Freiheitsstrafe mit dem Hinweis auf die Menschenwürde *begrenzt* hat.

Das *Bundesverfassungsgericht* zeigt jedenfalls, dass das Schuldprinzip auch gut aus der Verfassung, und zwar deren Kernbereich, der Art. 1 I und Art 20, 79 III GG, abzuleiten ist. Auf diese Weise ist -auch aus der Sicht des *Bundesverfassungsgerichts*- die ernsthafte Diskussion vermieden, ob eine lange Freiheitsstrafe, die in *vollem Umfange* mithilfe des Grundgesetzes von 1949 zu lösen ist, nicht der *Wesensgehaltsgarantie* gem. Art 19 II GG zuwider läuft, verbunden mit der Frage, was sie eigentlich zu bedeuten hat.

Der Hintergrund des Schuldprinzips bildet vereinfacht die *Menschenwürde*. Das Verhältnismäßigkeitsprinzip stützt sich dagegen für das Strafrecht auf den Gedanken der „Effektivität der Strafrechtspflege“<sup>395</sup> und es ist im *Rechtsstaatsprinzip* verankert. Es setzt als solches betrachtet, also nicht zusätzlich ethisch durch *Rechtsgüterschutz* aufgeladen<sup>396</sup>, *ökonomistisch* und *utilitaristisch* an. Ziel ist danach der größtmögliche Nutzen für mögliches viele, aber nicht für jeden. Als solcher dient es dem *Allgemeinwohl*. Das Schuldprinzip funktioniert hingegen nicht ohne das Bild von eigenverantwortlichen Menschen. Das Verhältnismäßigkeitsprinzip ist dagegen weiter und für alle Arten von Abwägungen offen auch und zwar vor allem für solche zugunsten des Gemeinwohls.

In der humanen Konkurrenzlösung des *Meistbegünstigungsprinzips*, und zwar derjenigen des einzelnen Täters, liegt für die nahe Zukunft wohl der Ausweg. Ist einmal eine parallel durchgeführte Verhältnismäßigkeitsprüfung eindeutig und erheblich „günstiger“. so sollte sie *subsidiär* greifen.

Das Gesetz kennt ohnehin, wenngleich umgekehrt die zusätzliche den Mehrfachtäter zusätzliche belastenden Sicherungsverwahrung, für die das *Verhältnismäßigkeitsprinzip* unmittelbar gilt.

In der Regel aber eröffnet aber die Strafzumessung gemäß § 46 I, II oder die gem. § 54 STGB ohnehin den Weg, präventive Erwägungen mit einzubeziehen. Dasselbe gilt ohnehin für die Aussetzung der Vollstreckungen gemäß, §§ 56, 57, 57 a StGB. Geht es hingegen darum, sich mit dem Schuldprinzip auch des Problems der Nichtnachweisbarkeit der Willensfreiheit zu entledigen, so ist diese Diskussion gesondert zu führen.

Die deutsche Verfassung, die das *Bundesverfassungsgericht* auslegt, hat bis auf weiteres *entschieden*. Das Grundgesetz hat nicht nur die Idee der Menschenwürde an den Anfang gestellt, sondern es ist aus ihm auch ein -umfangreiches- *subjektives Recht* abzuleiten. Träger ist auch derjenige, der einen anderen würdigen Menschen grausam ermordet hat. Das neue

---

<sup>395</sup> Kaspar, Verhältnismäßigkeit, 2014 , 518 ff (Zum Konzept des „verhältnismäßigen Rechtsgüterschutzes“)

<sup>396</sup> Vgl. etwa BVerfG 51, 324, 343; BVerf 100, 313, 394: Bei Strafverfolgung höhere Eingriffsschwelle als bei präventiver Gefahrenabwehr.

Grundgesetz hat zudem die „praktische Konkordanz“ mit einem dem alten *traditionellen Strafrecht* zu suchen, welche der Verfassungsgeber 1949 im Strafgesetzbuch vorfand und im Grundansatz fortgelten lassen wollten.

*Fazit:* Wer auf klare Standpunkte setzt, wie Prävention oder Repression, Verhältnismäßigkeitsprinzip oder Schuldangemessenheit als der besonderen Art der Verhältnismäßigkeit im Strafrecht, zeigt sich im *dogmatischen* Denken als relative frei. Aber er sollte dann stets auch die systemischen Folgen für *Verfassungsstruktur* mit bedenken. Wer hingegen von einer gewachsenen deutschen Rechtskultur ausgeht, der wird den Mittelweg einer Art von Vereinigungstheorie suchen.

Aufteilende Subkulturen bieten dafür einen üblichen Weg, mit dem es gelingt, für einzelne *Leitgedanken* eine *eigene Form* zu finden. Dazu zählt auch die Aufgliederung in das *Verfassungsrecht* und in sonstigen *Rechtsgebiete*. Für die Praxis ist noch von Bedeutung, dass sie mit eigenen *Rechtswegen* verbunden sind und für die Wissenschaft, ob sie üblicherweise eine eigene *Lehrbefähigkeit* verlangen. Ihr *eigene Sprache* entwickeln sie dann mit und über die großen Gesetzbücher. Das Schuld- und Rechtsgutsdenken ist kaum trennbar mit dem System des Strafrechts verbunden. Das Verhältnismäßigkeitsprinzip dient dagegen dem öffentlichen Recht, und im Kern dem *Polizeirecht*.

Nötig ist aber beides: „Sinn und Zweck“ wissenschaftlich zu erarbeiten und sie dennoch und zwar über sich zum Teil selbst organisierende, also halbautonome Subkulturen, in die gewachsene und im Grundsatz auch immer *konsentiente Rechtsradition* einzupassen, die durch große und alte *Gesetzbücher* vorgeformt ist.

#### **IV. Präventiven Strafbegründungen: Kritik und Replik**

Nachfolgend ist noch einmal ein *diskursiver* Überblick über die Kritik an der präventiven Art der Strafbegründung zu geben. Sie ist mit einigen zumeist pragmatischen Repliken auszubalancieren.

*Kritik:* Gegen die allgemeine Generalprävention -in reiner Art gedacht- spricht, dass sie sich nur an die *Allgemeinheit* wendet. Der Einzelner dient bloß als Mittel zum Zweck, womit sie verfassungswidrig wäre, Art. 1 I GG.

Gegen die Idee, sozialschädlichem Verhalten vorzubeugen, ist einzuwenden, dass der Begriff der Gesellschaft oder gar ihr Gemeinwohl nicht nur auslegungsbedürftig ist, sondern auch auf undemokratische Gesellschaften passt.

*Replik:* Das ist zuzugeben. Aber wir Einzelnen leben in einer Gesellschaft und sie ist auch fähig, gegenzusteuern. Denn jedes Dogma provoziert in einer offenen Gesellschaft auch von ihm befreiende Zweifel und dann auch Gegenmodelle. In der Mitte dieser Gemengelage ist das *praktische* Recht angesiedelt, das trotz aller Rückbindung an die Vernunft immer auch der demokratischen Gestaltungsfreiheit des demokratischen Gesetzgebers entspringt.

*Kritik.* Gegen die *generalpräventive* Wirkung der Strafgesetze wird zudem ein alter und auf den ersten Blick immer noch einleuchtender Einwand erhoben. So erinnert Mayer an *Hegels* Hinweis auf den praktischen Misserfolg der generalpräventiven Wirkung der Gesetzbücher<sup>397</sup>. Dass die Staaten Strafverfolgungsorgane vorhalten, beweist die *Unwirksamkeit* der bloßen Strafandrohungen.

Die psychische Zwangstheorie *Feuerbachs*, die immer noch in der gesetzlichen Strafandrohung steckt, setzt einen vernünftigen Menschen voraus, der eine irrealen Art von homo oeconomicus ist. Die Strafdrohung wirke jedenfalls nicht bei den Tätern, die unüberlegt, im Affekt und situativ handeln, also nicht rational im Sinne des vernünftigen homo oeconomicus agieren. Außerdem glaubten die Täter auch, nicht erwischt zu werden. Die erfolgreiche Strafverfolgung wäre also weit wichtiger als die Höhe der Strafe.

*Replik.* In der Tat, aber wir gehen -zumindest- von einem Willen freien Menschen aus, der fähig ist seine biologischen Triebe zu beherrschen und die Folgen seiner Tat zu bedenken. Dass er unvernünftig handeln kann, gehört zudem zu seiner Freiheit.

Auch bleibt die Gegenfrage unbeantwortet, ob es in einer Gemeinschaft ohne Strafandrohungen und auch ohne deren Umsetzung nicht mehr Straftaten gäbe. Zumindest der Glaube an die Wirksamkeit der Strafgesetze besteht seit Jahrhunderten. Dieser Einwand scheint also weniger zu tragen. Außerdem sind in Deutschland die Strafen seit 1888 immer milder geworden (rund 80 % Geldstrafe). Außerdem droht ohne staatliches Strafrecht ungeordnete Selbstjustiz und am Ende der Zerfall des Staates in kleine kriegerische Selbstschutzgruppen. Dafür reicht ein selektives Strafen. Wiederholungstäter ermitteln wir ohnehin in der Regel. Auf sie haben wir es vor allem angesehen.

*Kritik:* Prävention ist Aufgabe eines *Präventionsrechts*, also vor allem des Polizei- und des Sozialrechts. Ein Präventionsstrafrecht wandelt seinen

---

<sup>397</sup> Mayer, H., Kant, 54 ff. ; Hegel, Grundlinien (Hoffmeister), 1820/1995 , § 99.

Charakter und wird zum Maßregelrecht. Re-Sozialisierung und Re-Ethisierung sind dessen Zwecke. Die Tat bildet dann nur eine *Anlasstat*. Ein bloßer *Tatverdacht* müsste schon ausreichen. Art und Dauer des Eingriffs wären von den konkreten Präventionszwecken abhängig.

*Replik:* Dieser Einwand ist berechtigt, aber auch über die Vereinigungstheorie mitberücksichtigt. Der Strafgrund der Gerechtigkeit und das Schuldprinzip gehören zu den Werten unserer Gesellschaft. Deshalb gibt es kein reines Präventionsstrafrecht.

*Kritik:* Außerdem stellt die nachgewiesene Tat nur den „Anlass“ für die *Gefährlichkeitsprognose* dar. Einschlägige Vorstrafen werden wieder aufgegriffen; es handelt sich also um ein kaum verkapptes *Täterstrafrecht* für *Hangtäter*.

Die Höhe der Präventionsstrafe müsste sich ferner nach Art und Grad der jeweiligen *Gefährlichkeit* richten und nicht nach der Tatschuld.

*Kritik:* Bei der reinen *Generalprävention* bildet der Täter nur das *Objekt*, um auf die Allgemeinheit einzuwirken. Die verstößt für sich allein gegen die Forderung, die Menschenwürde, auch des Mörders, zu achten, Art. 1 I GG.<sup>398</sup> Dasselbe gilt für die *reine Individualprävention*, die den Menschen als Gefahrenquelle ansieht.

*Replik.* Deshalb deckeln wir das Strafrecht und setzen den Wert der Menschenwürde absolut. Aber ohne ein Interesse der *Allgemeinheit* am Strafen oder ohne ein latente *Wiederholungsgefahr* würde die Politik keinen hinreichenden Anlass für ein Strafgesetzbuch sehen und stattdessen auf das Zivilrecht verweisen.

*Kritik.* Grundsätzlich ist zu fragen, ob wir *empirisch nachweisbar* diese Zwecke überhaupt mit Strafen erreichen können. Hilft das Strafen dabei nicht und wenig oder ist die Erreichbarkeit durch Strafe nicht nachzuweisen, so bräuchten wir kein Strafrecht oder weniger oder wir hätten Begründungsnöte. Diese Fragen sind bislang über die Kriminologie wenig, aber nicht einmal grundsätzlich angegangen und geklärt.

*Replik:* Der Konsens einer Mehrheit, der zudem auf eine lange Tradition zurückblicken kann, bildet den Kern einer jeden Gesellschaft. Er trägt deshalb weit.

---

<sup>398</sup> Köhler, Strafrechtsbegründung, 1983, 33 ff., 40 ff.; Badura, Generalprävention, JZ 1964, 337 ff., 377 ff. So auch Murmann, Grundkurs, 2015, § 8 Rn 35.



*Kritik:* Kollektiv konsentrierte Behauptungen reichen uns dann aber offenbar aus. Denn das Strafen erweist sich aus der Sicht der Gesellschaft und ihrer Werte ohnehin als *kulturabhängig*. Hexenverfolgungen wären also bei einem entsprechenden Konsens auch (wieder) möglich, wenn wir nur fest an die Existenz des Teufels und seiner Verführungsmacht glauben würden.

*Replik.* Richtig, aber wir glauben dank der Aufklärung -öffentlich- nicht mehr an den Teufel. Und das Strafen hat es offenbar immer schon gegeben; es kann sich also zumindest auf seine *Tradition* stützen. Vorrechtlich kennen wir es als Liebesentzug oder als Ausschluss und Meiden in jeder Gemeinschaft.

*Kritik:* Jeder Art von präventivem Strafrecht fehlt es an einem sinnvollen Maßstab für die Strafzumessung, wie ihn das Tatschuldstrafrecht bietet. Auch müsste die Höhe der Strafe immer im Groben an diesem präventiven Doppelziel ausgerichtet sein.<sup>399</sup>

Ausschwitztäter und DDR-Mauerschützen sind sozial integriert, sie müssten also straffrei bleiben.

Bei Massendelikten wie dem Diebstahl müsste man eigentlich für Wiederholungstäter lange und unbestimmte Freiheitsstrafen androhen (oder eigentlich die Todesstrafe), Die Drohungskraft müsste bei schwacher Wirksamkeit sinnlos erhöht werden.

Mordfälle geschehen dagegen nur selten und müssten danach milder bestraft werden.

*Replik:* Alles ist einzuräumen. Aber in der Tat sind in der Praxis die Auschwitztäter und die DDR-Mauerschützen selten und dann auch milde bestraft worden.

Die Massendelikte ergeben sich aber durch Täter, die gewerbs- und gewohnheitsmäßig und in Banden handeln. Bei *einschlägigen Vorstrafen* werden schon jetzt deutlich erhöhte Strafen verhängt. Die gesonderte Sicherungsverwahrung kennen wir zumindest für Intensivtäter, wenngleich auch nur für erhebliche Taten und außerhalb des Tatschuldstrafrechts.

---

<sup>399</sup> So auch Murmann, Grundkurs, 2015, § 8 Rn 35, der für die verfehlte Gewichtung der Strafen auf Bar, Probleme, 1864, 6 verweist, der damals schon auf das Problem verwiesen habe, dann den Mord milder bestrafen zu müssen.

Der Mord wiederum verlangt in der Demokratie eine herausragend hohe Strafe, weil sich die *Allgemeinheit* keine seltenen Mordfälle leisten kann. Es handelt sich um eine Art von Mit-Herrscher-Tötung. Die Hemmschwelle von Menschen, Menschen zu töten, ist zwar hoch, aber sie bei dem Täter gesenkt, der sie erst einmal überschritten hat.

Im Hinblick auf Affekttaten dient das Strafen dazu, die *innere Hemmschwelle* zu erhöhen oder zu kräftigen. Je höher die Strafe, desto nachdrücklicher wird das Verbotensein schon im Alltag und vor der Situation kommuniziert und desto eher wird auch nach alternativen Konfliktlösungsmöglichkeiten, etwa bei Beziehungstötungen, gesucht.

*Kritik:* Für die „Erhaltung der Rechtstreue der Allgemeinheit“ reicht es eigentlich aus, auf das Strafbedürfnis der *Bevölkerung* abzustellen. Es genügt, *Sündenböcke* zu suchen. Auch ist *Lynchjustiz* in Ausnahmefällen zu erlauben.

Im Sinne schneller Justiz reichten nur *Verdachtsstrafen*, zumal wenn dringender Tatverdacht vorliegt. Auch ist mit *Folterstrafen* in Notfällen Mitwirkungen zu erpressen.

*Replik:* Dem ist -an sich- zuzustimmen. Aber diese Mängel erspart immerhin der *zusätzliche Rückgriff* auf das Kollektivgut der *Rechtsstaatlichkeit*, mit dem *Rechtsbegriff* ist dies nicht vereinbaren. Auch muss das Gewalt- und Strafmonopol beim Staat liegen.

Der Vorzug der langsamen und dafür gründlichen Justiz des Staates besteht gerade darin, Emotionen abzubauen, neutrale Richter zur Verfügung zu stellen und auf diese Weise neues Unrecht und neue Emotionen zu vermeiden. Insofern geht es nicht um das Strafbedürfnis der realen Bevölkerung, sondern maßgeblich ist das *vernünftig* zu denkende Kollektiv der Allgemeinheit. Die Frage, die sie sich stellen muss, lautet im Sinne von *Kant*: Was kann ich als allgemeines Gesetz wollen? Sie lautet emotional eingefärbt, und zwar je nach Sichtweise aus humaner und neutestamentarischer Sicht oder vom solidarischen und empathischen Standpunkt aus: Was kann ich für meine „Nächsten“, also nicht für meinen „Feind“, <sup>400</sup> als Strafe wollen?

Aber für die Untersuchungshaft genügt immerhin ein hinreichender Tatverdacht. Untersuchungshaft gilt nicht als echte Strafe; sie wird aber zu Recht, wenngleich mit eigentlich unbekannten Gründen, auf die Strafe angerechnet.

---

<sup>400</sup> Dazu: Scheffler, Freund- und Feindstrafrecht, 2006, 123 ff.

Die schlichte Fortdauer der Untersuchungshaft befördert im Übrigen faktisch die Geständnisbereitschaft, weil ein Geständnis, eine neue Bewertung der Haftgründe erlaubt.

*Kritik:* Der bekannte *Haupteinwand* gegen die These, das Strafrecht diene dem Rechtsgüterschutz, lautet: Wer Rechtsgüterschutz durch Strafrecht betreibt, greift selbst in die Rechtsgüter anderer ein. Das Gericht, das auf Freiheits- oder Geldstrafe erkennt, vergilt ein *Übel* mit einem anderen *Übel*. Es betreibt *Rechtsgüterschutz* durch *Rechtsgüterverletzung*. Dem Grundsatz der Schuldangemessenheit zufolge hat das Übel, das dem Schutz der Rechtsgüter dienen soll, dem Übel des Grundes für die Schutzmaßnahme zu entsprechen. Vereinfacht wird zur Bekämpfung von Gewalt Gegengewalt eingesetzt. Feuer wird mit Feuer bekämpft.

Dass diese Art von Vergeltung gut ist, erscheint zumindest nicht offenkundig (evident). Der Umstand, dass sie in seiner negativen strafrechtlichen Form eine Rechtsgutverletzung darstellt, spricht gegen sie.

*Replik:* Dem ist zuzustimmen. Aber die Begründung der Strafe mit dem Schutz der Rechtsgüter bedient sich zwar derselben Mittel wie die rückwärtsgerichtete Vergeltung, die mit der Vorstellung vom Schuldausgleich auf die Wiederherstellung der Rechts-(Werte)- Ordnung ausgerichtet ist. Erstrebt wird aber keine Vergeltung als solche, sondern der Schutz oder die *Vorbeugung*. Künftige Taten sind zu verhindern.

*Kritik:* Also steckt dahinter eine (utilitaristische) Güterabwägung mit dem Vorrang des *Gemeinwohls*.

*Replik:* Das ist einzuräumen. Die Generalprävention dient eben der Allgemeinheit.

*Kritik:* Gegen die *Individualprävention* zur Rechtfertigung des Strafens spricht, dass sie ihren Zweck, die Unschädlichmachung der Täter, nur für die Strafzeit erfüllt und ansonsten kontraproduktiv ist. Die Strafhaft erhöht die Rückfallgefahr nachweislich. Denn die Täter werden aus ihren alten Bezügen gerissen und bauen im Vollzug neue, oft im kriminellen Milieu beheimatete auf.

Auch erfordert eine vertretbare Prognose als Grundlage eigentlich zumindest eine einschlägige Vorstrafe oder eine Serie von Taten. Strafen für Ersttäter vermag sie also nicht zu begründen. Dies gilt nicht zuletzt auch für Mordtaten.

Prognosen zu stellen, heißt immer auch, einige tatsächlich nicht oder nicht mehr gefährliche (Mit-) Menschen einzusperren.

Ein reines Gefährlichkeitsstrafrecht braucht auch nicht den Nachweis von Straftaten. Der Verdacht, zumal der dringende, reicht für die Prognose der Gefährlichkeit schon aus.

Alle Prognosen sind hoch missbrauchsanfällig.

*Replik:* Dem ist jeweils zuzustimmen. Aber in der Regel wird deshalb bei Ersttättern auf Geld- oder Bewährungsstrafe erkannt. Kurzfristige Freiheitsstrafen sind zu vermeiden, § 47 StGB. Bei der Massenkriminalität, wie Diebstahl oder Betrug, werden zudem häufig gleich gesamte Tatserien aufgeklärt. Im Vollzug sitzen also vor allem Mehrfach- und Intensivtäter und Personen, die schwere Gewaltdelikte begangen haben. Und bei Mordtaten kann angesichts der Bedeutung des gefährdeten Rechtsguts nicht abgewartet werden. Da Prognosen in der Tat immer nur die Wahrscheinlichkeit wiedergeben, stellt der Vollzug eigene Prognosen, bietet zur Bewährung Lockerungen bis hin zum Freigang an und prüft auch die Möglichkeit einer bedingten Entlassung. Zugleich unterbreitet er den Gefangenen Resozialisierungsangebote. Ein bloßer Tatverdacht, auch ein dringender, schwächt aber die Prognosegrundlage. Die allgemeine Gefährlichkeit von Menschen reicht nicht aus.

Der Missbrauchsgefahr durch Staatsorgane steht immerhin das Prinzip der Gewaltenteilung entgegen.

*Fazit:* Trotz aller Repliken sind diese Mängel eines Strafrechts, das sich ganz oder zumindest vorrangig auf die Idee der Generalprävention oder die Idee der Individualprävention stützt, offenkundig und auch altbekannt. Man kann sie allenfalls etwas herunterspielen. Beide Ansätze brauchen eigentlich *kein Tatstrafrecht* und auch nicht den Nachweis von Tatschuld. Sie neigen deshalb innerhalb eines solchen Strafrechts dazu, dessen starren rechtsstaatlichen Grenzen aufzulockern. Dies kann zugunsten der Täter geschehen, etwa durch den Ausbau der Geldstrafe und den Verzicht auf kurze Freiheitsstrafen, aber auch zum Nachteil, wie es die Erweiterung der Sicherungsverwahrung belegt.

Ihre Vorzüge liegen darin, dass sie zwei wichtige Gesichtspunkte sowohl in die Begründung des Strafens als auch in die Zumessung und die Vollstreckung der Strafen mit einbringen. Sie stellen, obwohl in totalitären Regimen missbrauchbar, in den Demokratien auf den vagen *Konsens der Allgemeinheit* ab. Zudem berücksichtigen sie *im Konkreten die Empirie*. Diese Vorzüge zeigen sich dann, wenn man sie mit dem Tatschuldstrafrecht kombiniert, das wiederum ihre Schwächen ausgleicht.

## 10. Kapitel

### Thesen: Individuelle Schuld und gerechter Ausgleich I

#### I. Trennung und Konkordanz von mildernder Schuld (Art. 1 I GG) und strafbegründender Gerechtigkeit (Art. 20 GG)

*Einführung.* Die dritte Säule der Vereinigungstheorie ist mit dem Begriff des *Tatschuldausgleichs* zu umschreiben. Deren inhaltlicher Kern bildet die *Schuld*.

Drei Unterbegriffe regieren die Schuldidee, die wie zu zeigen war, in viele Unterbegriffen zerfällt. Es sind

- die reine Schuld als *Vorwerfbarkeit* im Sinne des Allgemeinen Teils des Strafgesetzbuches, §§ 17 ff., 35 StGB,
- das umfassende *vorwerfbare Tatbestandsunrecht* im Sinne des Schuldspruchs und der Tatbestandsüberschriften des Besonderen Teils, § 260 IV 1 StPO und
- die Konkretisierung der Schuld im Rahmen der Strafzumessung, §46 I StGB, als Strafzumessungsschuld.

Mit der Schuld ist die Strafe verbunden. Das Strafgesetzbuch beschreibt sie vorrangig *abstrakt* als typische oder Regelschuld in allgemeinen Sinne und verbindet sie mit einem mit weiten einem *Strafrahmen* (bis auf den Mord, vgl. §§ 211, 57 a StGB). (Dabei muss dieser mit recht weite Rahmen auch ausreichen, um schwerste denkbare Ausführungen mit zu erfassen und zudem die Tateinheit mit weitere gleichschwere Delikte zu berücksichtigen, auch muss er mögliche Vorstrafen mit einrechnen.) Diesen Rahmen *konkretisiert* und *individualisiert* das *Gericht* dann in Ansehung der Person. Die „Grundlage“ für die konkrete Höhe der Strafe, die das Gericht zumisst, bildet die konkrete Schuld des Täters. Das bestimmt § 46 I StGB.

Für die enge Verbindung von Strafbegründung und Strafbemessung ist mit Köhler<sup>401</sup> Anselm von Feuerbach zu zitieren: „*Die Gründe der Strafbarkeit in abstracto sind zugleich die Gründe der Strafbarkeit in concreto*“. Das bedeutet umgekehrt, dass die Hauptelemente der Strafbemessung sich in der Strafbegründung selbst wiederfinden lassen müssen. Daran ändert auch die relative Eigenständigkeit der Strafzumessungsschuld nichts, die nicht nur das Tatumrecht, sondern auch die *Person* des Täters zu betrachten hat.

---

<sup>401</sup> Köhler, Strafrecht AT, 1997, 38, u. Hinw. auf Feuerbach, Grundsätze, 1842, 196 ff. sowie auf Hegel, Grundlinien (Hoffmeister), 1820/1995, § 101.

Zwar kann man etwa mit *Hörnle* die Strafzumessung als nachrangig ansehen.<sup>402</sup> Wer die Schuldidee aus der Strafbegründung verdrängt, für den liegt dieser Schritt nahe. Aber nicht für diejenigen, die sich zu einem *Tatschuldstrafrecht* bekennen und auch daher ihre Strafbegründung beziehen. Jedenfalls erweist sich die Strafe, früher die „Pein“, als etwas Konkretes und auch mit dem *Bundesverfassungsgericht*<sup>403</sup> soll man zumindest „Androhung, Verhängung und Vollstreckung“ als eine Einheit verstehen. Aus dem Gesetz ergibt sich zumindest diese Verbindung.

Der Kern der Vorwerfbarkeit ist aber allen drei Schuldbegriffen gemeinsam. Er besteht im Wissen und Wollen der Unrechtstat. Der Täter verfügt bei seiner Tat über *Unrechtsbewusstsein* im Rahmen einer Parallelwertung in der Laiensphäre. Deshalb hätte er sich -weil im Willen frei- anders handeln können. Wir werfen ihm vor, er habe sich für das Unrecht und gegen das Recht entschieden.

*Schuldausgleich*. Auf diese Weise, und darum geht es beim Strafen, findet von Gesetzes wegen ein *Schuldausgleich* statt.<sup>404</sup>

Dieser Begriff enthält erkennbar zwei Teile, die nicht immer deutlich unterschieden wird und nicht werden muss, wenn und weil das *Sanktionenrecht* vielfach ausgeblendet wird. Es sind

- die Schuld, wie vereinfachend anzufügen ist, im Sinne von Art. 1 GG
- und der Ausgleich, etwa im Sinne des Rechtsstaatsprinzips von Art. 20 GG.

und sie gehören nur, aber immerhin als ein Paar zusammen. So trennt auch das Strafurteil intern noch einmal zwischen dem Schuldspruch und dem Strafausspruch, mit dessen Vollstreckung die Schuld ausgeglichen werden soll.

Beide Grundnormen sind unantastbar im Sinne des Art. 79 III GG und deshalb Bestandteil der deutschen „*Verfassungsidentität*“.

Das *Bundesverfassungsgericht*, das insofern selbst in erheblichem Maße von der deutschen Strafrechtswissenschaft geprägt ist, hat dies im Leitsatz seiner

---

<sup>402</sup> Zum Überblick siehe auch Hörnle, *Straftheorien*, 2011, Rn 49, in der Lehre wird neben der Prävention zum Teil auch unmittelbar auf Gerechtigkeit abgestellt. So Neumann, *Kritik*, 1998, 147 ff. , in „Normative Kritik der Theorie der positiven Generalprävention“; Mosbacher, *Straftheorie*, ARSP 2004, 210 ff. 219 ff, (Kants präventive Straftheorie); Weigend, *LK*, Einleitung, 2007, Rn 66).

<sup>403</sup> BVerfG, Inzest, 120, 224, 242

<sup>404</sup> Vgl, auch von Murmann, *Grundkurs*, 2015, § 8 Rn 21 („Vergeltungstheorie / Schuldausgleich“).

Entscheidung zum europäischen Haftbefehl betont (2015). Es erläutert dann später auch:

*„Deshalb bestimmt Art. 1 Abs. 1 GG auf dem Gebiet der Strafrechtspflege die Auffassung vom Wesen der Strafe und dem Verhältnis von Schuld und Sühne.“*<sup>405</sup>

Und es fügt etwas später an<sup>406</sup>:

*„Der Schuldgrundsatz ist somit zugleich ein zwingendes Erfordernis des Rechtsstaatsprinzips (...). Gemessen an der Idee der Gerechtigkeit müssen Straftatbestand und Rechtsfolge sachgerecht aufeinander abgestimmt sein (...). Die Strafe muss in einem gerechten Verhältnis zur Schwere der Tat und zum Verschulden des Täters stehen (...). In diesem Sinne hat die Strafe die Bestimmung, gerechter Schuldausgleich zu sein (...).“*<sup>407</sup>

Zur Rechtfertigung des Strafens ist deshalb zu prüfen, inwieweit die Kombinationsbegründung des „Schuldausgleichs“ trägt, also das Schuldprinzip im Verein mit dem Ausgleichsgedanken. Gegebenenfalls könnten beide, und zudem noch analog zur entsprechend geregelten *Strafbemessung*, die „Grundlagen“ für die *Hauptbegründung der Strafe* bilden.

Die vage Vereinigungstheorie ist danach dann ganz *im Sinne der Rechtsprechung* für die Strafbemessung zu einer *Schuldrahmentheorie im Sinne des § 46 I StGB* ausgeformt, bei der die Schuldidee die Grundlage bildet, aber einen *weiten Rahmen* eröffnet. Ergänzt wird sie im Revisionsrecht durch die *Spielraumtheorie*. Nur die Tatgerichte kennen den Inbegriff der Hauptverhandlung. In den Händen der Tatgerichte liegt also vor allem die Strafbemessung. Nur, aber immerhin in Grenzfällen von vergleichsweise besonders hohen oder unerwartet

---

<sup>405</sup> Beschluss vom 15. Dezember 2015 - 2 BvR 2735/14 Abs. Nr 54. „Zu den Schutzgütern der in Art. 79 Abs. 3 GG niedergelegten Verfassungsidentität, die auch vor Eingriffen durch die supranational ausgeübte öffentliche Gewalt geschützt sind, gehören die Grundsätze des Art. 1 GG, also die Verpflichtung aller staatlichen Gewalt, die Würde des Menschen zu achten und zu schützen (Art. 1 Abs. 1 Satz 2 GG), aber auch der in der Menschenwürdegarantie des Art. 1 Abs. 1 GG verankerte Grundsatz, dass jede Strafe Schuld voraussetzt (vgl. BVerfG 123, 267 <413>). 48.“

<sup>406</sup> Beschluss vom 15. Dezember 2015 - 2 BvR 2735/14 Abs. Nr 55.

<sup>407</sup> Beschluss vom 15. Dezember 2015 - 2 BvR 2735/14 Abs. Nr 55. >). „Gemessen an der Idee der Gerechtigkeit müssen Straftatbestand und Rechtsfolge sachgerecht aufeinander abgestimmt sein (vgl. BVerfG 20, 323 <331>; 25, 269 <286>; 27, 18 <29>; 50, 205 <214 f.>; 120, 224 <241>; stRspr). Die Strafe muss in einem gerechten Verhältnis zur Schwere der Tat und zum Verschulden des Täters stehen (vgl. BVerfG 20, 323 <331>; 45, 187 <228>; 50, 5 <12>; 73, 206 <253>; 86, 288 <313>; 96, 245 <249>; 109, 133 <171>; 110, 1 <13>; 120, 224 <254>; 133, 168 <198 Rn 55>). In diesem Sinne hat die Strafe die Bestimmung, gerechter Schuldausgleich zu sein (vgl. BVerfG 45, 187 <253 f.>; 109, 133 <173>; 120, 224 <253 f.>; 133, 168 <198 Rn 55>).

niedrigen Strafen, ist eine besonders sorgfältige und *schuldnahe* Begründung der Höhe vonnöten. Allein auf präventive Begründungen darf das Tatgericht sich dann nicht vorrangig gestützt haben. Fehlt im Urteil ein solche Art der Begründung, so handelt es sich um einen revisiblen Rechtsfehler. Das neue Tatgericht darf vermuten, dass der erste Spruchkörper sich bei der Strafzumessung nicht nur leicht, sondern „in der Oktave“ vergriffen hat.

Begreift man aber die Schuld im Sinne von Vorwerfbarkeit als Strafbegründung, so müsste sich aus dem Anders-handeln- (und Vermeiden) -Können schon *die Strafpflicht* ergeben. Doch dieses beinhaltet nur einen *Vorwurf*, der sozialetische Makel des Schuldspruchs bildet seine Folge. In ihm steckt die Aufforderung an den autonom gedachten Täter, die Verantwortung für seine Tat zu übernehmen.

Für die Schuldstrafe ist auf diese Weise zwar die Grundlage gelegt, eine notwendige Bedingung gesetzt. Jedoch folgt aus der Schuld noch *nicht unmittelbar* die Buße. Es muss im nächsten Schritt die Idee des Sühnens oder eben des Ausgleichens hinzutreten.

So läßt sich aus der Trennung von Schuld und Ausgleich in Thesenform folgendes herauslesen:

*Strafbegründung durch Gerechtigkeit.* Die Gerechtigkeitsidee des blinden Ausgleichs des verschuldeten Unrechts *legitimiert* danach vorrangig, wenn auch nicht allein die Strafe.<sup>408</sup> Ausgeglichen wird entweder um ihrer selbst willen oder um den Unrechtszustand zu heilen.

Der Unterschied zur alten Gerechtigkeitsidee besteht darin, dass nur das verschuldete Unrecht auszugleichen ist. Ausgleich ist nur ein anderes Wort für das Vergelten. Dessen Konnotation erinnert uns nur nicht an Blutrache und Selbstjustiz. Im Gegensatz zu jenen findet er geordnet statt. Dabei ist zwischen der Schuld als dem Gegenstand und dem Ausgleich, also der Reaktion, besser zu trennen. Das Ausgleichen verkörpert im Tatstrafrecht die strenge Gerechtigkeitsidee und üblicher Weise geht es beim gerade Richten um „krumme Taten. Das Gerade-Richten meint die strenge Wechselseitigkeit von Aktion und Reaktion.

Deshalb sind beim Verständnis der humanen Schuldstrafe die harten Alternativen mit zu bedenken, etwa die der Todesstrafe für die Mordtat, und wir haben uns im Sinne von *Thomas von Aquin* bei grausamen und erniedrigenden

---

<sup>408</sup> Zum Überblick siehe auch Hörnle, *Straftheorien*, 2011, Rn 49, in der Lehre wird neben der Prävention zum Teil auch unmittelbar auf Gerechtigkeit abgestellt. So Neumann, *Kritik*, 1998, 147 ff. , in „Normative Kritik der Theorie der positiven Generalprävention“; Mosbacher, *Straftheorie*, ARSP 2004, 210 ff. , 219 ff, (Kants präventive Straftheorie); Weigend, *LK*, *Einleitung*, 2007, Rn 66.



Gewalttaten ebenfalls die Vergeltung von Gleichem mit Gleichem vorzustellen. An die Stelle der alten Barmherzigkeit tritt die vor allem in der Menschenwürde gegründete Schuldidee. Sie selbst begründet die gerechte Strafe nicht, sondern beschreibt das *zivilisatorische* Maß für den Verzicht auf die an sich blind gerechte Reaktion mit dem Gleichwertigen im vollen Umfange.

So trennt das *Bundesverfassungsgericht*, wenn es erklärt „Die Strafe muss in einem gerechten Verhältnis zur Schwere der Tat und zum Verschulden des Täters stehen (...).“ Und es dann erst folgert: „In diesem Sinne hat die Strafe die Bestimmung, gerechter Schuldausgleich zu sein.“<sup>409</sup>

*Strafmilderung durch Schuldelemente im weiten Sinne.* Der Grad der Vorwerfbarkeit einschließlich aller *subjektiven Tatbestandsmerkmale* und damit auch die Idee der Menschenwürde *begrenzen* nur das Maß der Vergeltung, und zwar bei den schweren Delikten mit *existentieller* langfristiger zu vollsteckender Freiheitsstrafe.

So sind der die provozierte Tötung, Körperverletzung mit Todesfolge und die fahrlässige Tötung schon von Gesetzes wegen milder zu bewerten als der Totschlag. Die einfache vorsätzliche Tötung wiegt auch noch weniger schwer als der Mord. Die Mordmerkmale dienen aus dieser Sicht auch nicht der Schuldsteigerung. Sie stellen nur eine Auswahl dar, bei der die an sich *gerechte* Strafe erfolgen soll. Zudem hat der humane Gesetzgeber streng gerechte Strafe gedeckelt. So sind die Todesstrafe und grausame Strafen selbst bei grausamen Tötungen und Mehrfachmorden ausgeschlossen, ebenfalls auch noch die lebenslange Freiheitsstrafe ohne Aussicht auf bedingte Entlassung. Insofern handelt es sich zumindest in diesem Bereich um eine *Milderung*, die sich aus die Idee der *Menschenwürde* ergibt.

Näher zu überprüfen wäre zwar die Idee, dass die Schuld die gerechte Strafe für Strafgefangene, die als Intensiv- und Rückfall-Täter mittelfristige Freiheitsstrafen verbüßen, nur mildert. Aber entscheidend sind zunächst einmal die *existentiellen Strafen*.

Wichtig ist der historische Hintergrund. Denn Grundlage für den Verzicht auf die grausamen Körper- und Todesstrafen ist die Idee der *bürgerlichen Freiheitsrechte* gewesen, die die Freiheitsstrafe überhaupt eröffnet, in der Antike, in den protestantischen Handelsstädten und als Staatsidee. Wer in die deutsche Rechtsgeschichte blickt, sollte auf den Umgang mit der Todesstrafe

---

<sup>409</sup> BVerfG, Europäischer Haftbefehl, Beschluss vom 15. Dezember 2015 - 2 BvR 2735/14 Abs. Nr 55: „Die Strafe muss in einem gerechten Verhältnis zur Schwere der Tat und zum Verschulden des Täters stehen (...). In diesem Sinne hat die Strafe die Bestimmung, gerechter Schuldausgleich zu sein (...).“

und mit grausamen Strafen seit der Peinlichen Halsgerichtsordnung von 1532 sehen. Der *Humanismus* hat zu einer fortwährenden Milderung geführt. Erst die Freiheitsrechte konnten überhaupt die Freiheitsstrafe eröffnen.

Missbrauch und Willkür gehen mit dem Sklaven und Untertanen-Strafrecht einher. Der Schritt zur Milderung war und ist schon eine Reduktion auf die *streng* gerechte Talionsstrafe, die mit der *Bürgerschaftsidee* einhergeht. Gnade und Barmherzigkeit des Herrn gab es, aber ohne Rechtsanspruch.

Von dieser streng gerechten Strafe aus, die die Todesstrafe mitumfasst, findet dann die weitere Milderung statt. Die deutsche Gnadenpraxis hat das *Bundesverfassungsgericht* verrechtlicht<sup>410</sup>, und zwar als Aussicht auf bedingte Entlassung, § 57 a StGB, mit der Entscheidung zur lebenslangen Freiheitsstrafe im Jahre 1977, und dort auch vergleichsweise auf die im Grundgesetz abgeschaffte Todesstrafe hingewiesen.

So dienen *alle Schuldmerkmale* vom Grundsatz her der *humanen Milderung* der an sich verwirkten *strengen gerechten* Strafe.

Strafmildernd ist die Gerechtigkeit, die sich aus der *Würde des Menschen*, hier des Täters, ergibt, weil wir seine individuelle *Schuld* mildernd mit in eine dann *umfassendere* Gerechtigkeitsabwägung einbeziehen.

Man kann sie auch, nachrangig oder vorrangig, je nach Sichtweise, als die *zuteilende soziale Gerechtigkeit* begreifen. Dazu ist dann unsere gesellschaftliche Selbstsicht als *Strafende* maßgeblich. Denn auch wir sind Täter, sogar Straftäter als strafende Täter. Wollen wir, die demokratische Allgemeinheit, denn selbst noch als Mörder, noch dazu an unseren *Nächsten* und würdigen Mitmenschen verstehen oder wollen ihn als gefährlichen *Gesellschaftsfeind* betrachten? Wollen wir ihn mit vielen anderen Menschen auf Zeit aus unserer Gesellschaft verbannen, indem wir ihn mangels der Möglichkeit von Deportation im Verwahrvollzug einsperren? Diese Entscheidung haben wir mit unserer Verfassung getroffen, die insofern zumindest Art und Höhe der „althergebrachten Strafen“ auszuformen und zu begrenzen hilft.

Die Unterstellung der Willensfreiheit des Menschen erweist sich aus dieser Sicht also zumindest bei *existentiellen Strafen* als *strafmildernd* und *nicht auch als strafbegründend*.

Die Nachweise, dass Strafe grundsätzlich und vielleicht auch, dass sie für diesen Fall eine wirksame *ultima ratio* darstellt und dass auch ein langjähriger

---

<sup>410</sup> BVerfG. 45. 187 ff.

Freiheitsentzug aus präventiver Sicht als *verhältnismäßig*<sup>411</sup> anzusehen ist, brauchen eigentlich auch nicht erbracht zu werden. Denn nicht der Zweck, sondern der *Sinn* regiert die *Rechtfertigung* des Strafens. Die immer noch hohe Strafe für den Mord ist gerecht und zugleich *verhältnismäßig*, weil sie vorrangig in Bezug auf das Leben des Opfers gesehen wird.

*Gerechtigkeitsidee.* Es handelt sich im Hinblick auf die *Vergeltung* um eine Straftheorie nach dem Konzept (aber nicht mit der Strenge) *Kants*. Die *moralische Strafwürdigkeit* ist zunächst festzustellen und die Strafe dann die aus der Gerechtigkeitsidee folgende *ethische Pflicht*.

Mit den Worten des Gerechtigkeitsphilosophen *Höffe*<sup>412</sup> können Gesichtspunkte der Spezial- oder Generalprävention, also utilitaristische Gesichtspunkte, niemals letzte oder *primäre Strafzwecke* sein. Wir könnten sie jedoch als „sekundäre“ berücksichtigen.

Moral und Sittlichkeit beherrschen und überwölben den pragmatischen Strafzweck und damit auch die Staatsidee.

Schon das *Talionsprinzip* hat historisch betrachtet drei Fortschritte gebracht. Es hat die maßlose Blutrache eingedämmt. Auge um Auge bedeutet auch *nur* Auge um Auge. Zugleich birgt es die Tendenz zur *individuellen Vergeltung*. Der Täter soll das Übel erleiden und nicht wahlweise irgendein Angehöriger. Endlich verdrängt es die ewige Fehde, indem es Recht setzt. Die Vergeltung eines Übels mit einem Übel ist kein *rechtswidriger* Angriff, gegenüber dem man sich seinerseits wehren „darf“ oder als Sippenangehöriger sogar (wie im Kriege) wehren muss. Die Notwehr ist also ausgeschlossen.

Die Rechtsphilosophien von *Kant* und *Hegel* wenden die Tatvergeltungslehre in „Gerechtigkeitstheorien“. Auch ist der Begriff der „Gerechtigkeit“ eng mit dem der Gleichheit, hier der Übel, und damit auch der Gegenseitigkeit verbunden<sup>413</sup>.

*Kant* fordert in seinem berühmten Inselbeispiel auch: Damit „*die Blutschuld nicht auf dem Volke haftet, das auf diese Bestrafung nicht gedrungen hat; weil es als Teilnehmer an dieser öffentlichen Verletzung der Gerechtigkeit betrachtet*“.

---

<sup>411</sup> Dazu aus strafrechtlicher Sicht und in engem Bezug zur „Schuldangemessenheit“: Hassemer / Neumann NK StGB, 2017, Vor § 1 Rn 73; im Sinne der ultima ratio Formel: „Als strafwürdig darf ein Verhalten nur behandelt werden, wenn der Einsatz strafrechtlicher Mittel sowohl geeignet als auch erforderlich als auch proportional ist“.

<sup>412</sup> Höffe, Kant, 1982, 335 ff., 364 f.; siehe in diesem Sinne auch Oberer, Begründungsaspekte, 1982, 399 ff., 403; Ebbinghaus, Strafen, 1968, 32; siehe auch den Überblick bei Bielefeldt, Gerechtigkeit, GA 1990, 108 ff., 114 f.

<sup>413</sup> Dazu Montenbruck, „Wie du mir...“, 13 ff., 16 ff.

werden kann“<sup>414</sup>. Und Hegel erklärt unter anderem, „dass das allgemeine Gefühl der Völker und Individuen bei den Verbrechen ist und gewesen ist, dass es Strafe verdiene und dem Verbrecher geschehen solle, wie er getan hat“<sup>415</sup>.

Aber ihr Ansatz beruht nicht auf dem Vergeltungsprinzip als solchem, sondern auf der *höheren Vernunft* der Gerechtigkeit oder auf dem Prinzip, dass der Verbrecher als autonomer Mensch nach seinen *eigenen Maßstäben* behandelt werden solle<sup>416</sup>.

*Vereinigungstheorie.* Die Gerechtigkeitsidee selbst gehört dabei zur „*allgemeinen Generalprävention*“, die auch die ethische oder auch Wertebene mitumfasst, also vor allem den Schutz der elementaren Werte des Gemeinschaftslebens, also der (abstrakten) Rechtsgüter.

Die materielle Gerechtigkeit bildet einen eigenständigen Oberwert. Im Dreiklang von „Freiheit, Gleichheit und Solidarität“ steckt der Kern der Gerechtigkeit, die Idee der Gleichheit, aus der sich auch das Ausgleichen ergibt. Gemeint ist die ausgleichende Gerechtigkeit.

Die Gerechtigkeit stellt zudem den materiellen Kern der *Rechtsidee* dar und ist deshalb mit dem Rechts- und Rechtsstaatsprinzip verbunden. Kurz, bei der Gerechtigkeit handelt es sich um einen höchsten Gemeinschaftswert, im Sinne des Art. 20 GG, den auch Art. 1 II GG im Verbund mit den Menschenrechten anspricht.

*Fazit.* Der moderne Begriff des Schuldausgleichs enthält also, was nicht immer hinreichend herausgestellt wird, *bei näherem Hinsehen* zwei Teile, (1) das personale *Schuldprinzip* und (2) das am Taterfolg ausgerichtete *Vergeltungsprinzip* (oder auch Talion).

Die Vorzüge beider Prinzipien, einzeln betrachtet, sind deutlich: Das *Schuldprinzip* entspringt dem westlichen Menschenbild und zielt auf *Humanität*. Es sieht den Menschen als *Subjekt* und als *Individuum*. Das *Vergeltungsprinzip* birgt nach dem Modell „Auge um Auge“ Klarheit und damit Rechtssicherheit und Gerechtigkeit, weil es im Kern die Gleichheit einfordert, und zwar im klassischen Sinne „*ohne Ansehen der Person*“. Die Ansehung der Person führt dann im Prozess zur Milderung.

---

<sup>414</sup> Kant, Grundlegung, 1785, AA, 455.

<sup>415</sup> Hegel, Grundlinien (Hoffmeister), 1820/1995, § 193.

<sup>416</sup> Hegel, Grundlinien (Hoffmeister), 1820/1995, § 193.

Im Sinne der Verfassung findet also eine „praktisch Konkordanz“ statt. Die Rechtsstaatsidee der Gerechtigkeitsidee führt zur *Strafbegründung*. Zu strafen ist (kategorisch) geboten, weil die Gerechtigkeit dies erfordert. Die Menschenwürdeidee erzwingt die *Strafmilderung*. Das Strafen muss dem Menschen seinen *Subjektcharakter* belassen. Beide vernünftigen Gebote sind mit Emotionen unterlegt. Einerseits sind wir Menschen mit einem Gerechtigkeits- und Strafbedürfnis ausgestattet und zur Selbstjustiz bereit. Andererseits kennen wir die Barmherzigkeit, zumal gegenüber den Nächsten, und sollten sie dann auch zum allgemeinen Gesetz, etwa als Menschenrechte, erheben und die Todesstrafe verbieten.

## II. Staatliche Strafe und autonome Einwilligung in das Strafrisiko

Wie nun ist das Strafen durch den Staat mit dem Gedanken der Autonomie und der Subjektstellung verbunden? Weshalb ist auf die (innere) Schuld abzustellen, wenn denn die Strafe von Gesetzeswegen, also von außen, bestimmten wird? Handelt es sich dann nicht doch um eine soziale Zuschreibung von Schuld?

*Autonomie und Selbstbestrafung.* Die ethische Grundlage bildet die Idee der freien Selbstbeherrschung, aus der sich auch erst die Demokratie als die gemeinsame Selbstbeherrschung ergibt. Sie erfordert *eine Art der Selbstbestrafung*. Denn anderenfalls wäre der Mensch fremdbestimmt.

Insofern lässt sich aus dem Satz „Keine Strafe ohne Gesetz“ in Art. 103 II folgern, *der Täter selbst habe schon mit der Tat das ihm vorher bekannte Risiko einer solchen Strafe bewusst auf sich genommen*

Die verfassungsrechtliche Grundlage dazu steckt im Schuldprinzip. Dieses leitet das *Bundesverfassungsgericht* nicht nur aus Art. 1 I GG ab, sondern beruft sich zu Recht auch auf das Freiheitsrecht des Art. 2 GG, aus dem sich auch der Gedanke der „*Eigenverantwortung*“ ergibt.

So kann man im Sinne einer mit *Di Fabio* modernisierten *Sozialvertragslehre*<sup>417</sup> zum Beispiel durchaus folgende -liberalistische- Metapher aufgreifen und sagen, der Angeklagte habe „einen Preis“<sup>418</sup> für seine Tat zu entrichten. Er lebt hier,

---

<sup>417</sup> Aus der deutschen Sicht zur „geistigen Fortwirkung der Vertragstheorie“ im Sinne der „*Verfassung als Vertrag zwischen Bürgern*“: Di Fabio, Udo, *Das Recht offener Staaten. Grundlinien einer Staats- und Rechtslehre*, 1998, 35 ff.

<sup>418</sup> Dazu Beccaria in seiner berühmten Schrift „Über Verbrechen und Strafe (1766)“, 51: *Gesetze seien die „Bedingungen, unter denen unabhängige isolierte Menschen sich in Gesellschaft zusammenfanden, Menschen, die müde waren, in einem ständigen Zustand des Krieges zu leben und eine infolge der Ungewissheit ihrer Bewahrung unnütz gewordene Freiheit zu*

kennt in einer Parallelwertung in der Laiensphäre die elementaren Werte des Gemeinschaftslebens und weiß auch grob um die Art und Weise der Strafbarkeit.<sup>419</sup>

Die Sozialvertragslehre beruht auf der *Tauschgerechtigkeit*, die allerdings abstrahiert ist. Auch die liberale Idee der *wechselseitigen Anerkennung* von Freiheitsrechten führt zu einem Freiheitsgrundvertrag. Dieser große Modellgedanke des Naturrechts ist auch noch in Art. 2 I GG sichtbar, soweit die eigene freie Entfaltung durch die Freiheitsrechte anderer begrenzt ist.

Kant erklärt ähnlich: „*Recht ist der Inbegriff der Bedingungen, unter denen die Willkür des einen mit der Willkür des anderen nach einem allgemeinen Gesetz der Freiheit zusammen vereinigt werden kann.*“<sup>420</sup>

Willkür ist dabei als Freiheit zu lesen und die Freiheit begründet das Autonomieprinzip. Auf dessen Grundlage sich Menschen fähig, sich selbst ihr Recht, und zwar vor allem in Form von *Verträgen*, zu schaffen.

Dazu gehört offenbar auch, das *Strafen zu vereinbaren*, wenn die Grundelemente des Vertrages nicht eingehalten werden. Krummes muss mit kollektivem Zwang geradegerichtet werden. Denn das Gewaltmonopol soll beim Staat liegen, *Selbstjustiz* also ausgeschlossen sein. Alles weitere regeln dann die demokratischen Einzelgesetze. Die Elemente, die wir mit dem Gedanken des Strafens zur „Erhaltung der Rechtstreue der Allgemeinheit“ verbinden, bilden also zugleich die Grundlagen des Sozialvertrages, auf den sich jeder erwachsene Mensch einlässt, wenn er im Geltungsbereich des *Grundgesetzes* lebt.

---

*genießen. Sie opferten davon einen Teil, um des Restes in Sicherheit und Ruhe sich zu erfreuen“.* Der Strafrechtswissenschaft in Erinnerung gerufen von: Deimling, Gerhard, Kriminalprävention und Sozialkritik im Werk Cesare Beccarias „Über Verbrechen und Strafen“, in: Hirsch, Hans Joachim/Kaiser, Günther/Marquardt, Helmut (Hrsg.), Gedächtnisschrift für Hilde Kaufmann, 1986, 51 ff., 52.

Eine „liberale Konzeption der Gleichheit“ entwickelt auch: Dworkin, Ronald, Bürgerrechte ernst genommen (Taking Rights Seriously, 1979), 1984, vgl. insbes. 439.

Siehe auch: Hoerster, Detlef, Die Wirklichkeit der Freiheit, ARSP 75 (1989), 145 ff., mit dem Schlusssatz, 160: „*Freiheit ist dadurch diskursiv einlösbar, indem jedes empirische Subjekt sich mit seinen Interessen und Bedürfnissen in einem bestehenden Normgefüge zur Geltung bringt. Auf der Basis so verstandenen Freiheit können Normen intersubjektive Anerkennung finden.*“

<sup>419</sup> Diskutiert immerhin als Idee des Gesellschaftsvertrags von Seelmann, Vertragsmetaphern, 1991, 441 ff. 453 und abgelehnt von Hörnle, Straftheorien, 2011., Rn 47 als irrealer Unterstellung, hier aber erste einmal nur als Minderung der Schutzwürdigkeit des Rechts gemeint.

<sup>420</sup> So der berühmte kantsche Begriff des Rechts: Kant, Metaphysik, 1797, AA, VI, 230.

Die Einwilligungsidee diskutiert *Seelmann* als Idee des alten Gesellschaftsvertrages. Er und auch *Hörnle* lehnen sie mit den bekannten Standardargumenten der Fiktivität ab,<sup>421</sup> *Hörnle* mit den Worten: „In die Tat kann nicht der Aussagegehalt hineingelesen werden, dass der Täter mit seiner Bestrafung nunmehr tatsächlich einverstanden sei. Mehr als die Behauptung, dass er vernünftigerweise *hätte* zustimmen müssen, ist nicht möglich.“

Gewiss geht die *alte* Idee vom Sozialvertrag von einer (darwinistischen) Art von homo oeconomicus aus<sup>422</sup>. Aber auch der heutige Täter, der in eine Gesellschaft hineingeboren wird, weiß um die grundsätzliche Strafbarkeit und handelt dennoch. Er lebt ansonsten von den Vorzügen des deutschen Lebenssystems. Er sagt sich, ich will oder ertrage zumindest dieses System, denn ich kann tatsächlich auch *auswandern* und verzichte darauf. Wer um seine Rechte weiß, wie die der grundsätzlichen Handlungsfreiheit oder des Eigentums, und wer sie alltäglich auslebt, der kennt auch die *Pflichten*. Er weiß auch um die Grenzen und um die Strafbarkeit. So werden das Vorliegen des Unrechtsbewusstseins und das grundsätzliche Wissen um die Strafbarkeit bei jeder Tat mitgeprüft. Wer dennoch handelt, nimmt das *Risiko der Strafbarkeit zumindest billigend in Kauf*.

*Klaus Günther* etwa erklärt ähnlich, der Täter habe eine legitim zustande gekommene Norm missachtet, die er als Staatsbürger mitgetragen habe. *Hörnle* selbst spricht von *Fairness*, weil der Täter auch die Vorzüge der Verbotsnormen genossen hat.<sup>423</sup> Dahinter verbirgt sich ebenfalls die Idee vom Sozialvertrag, sie ist nur auf den Alltag heruntergebrochen.

Aber auch wer den Ansatz von der autonomen Einwilligung in das Risiko der Bestrafung ablehnt, weil es keine echte Einwilligung sei, der wird zumindest beachten müssen, dass auch das Recht und gerade das Strafrecht ganz ähnlich die *Fahrlässigkeit*, zumal die grobe, konstruiert und auch bereit ist, an sie die Strafe zu hängen. Verträge können zudem auch im Zivilrecht *konkludent* geschlossen werden.

Sachgerecht erscheint dennoch eine Einschränkung, die auch im Hinblick auf die Idee vom echten Sozialvertrag, den im fiktiven Naturzustand lebende Freie abschließen, aufkommt. Zweifelhaft erscheint, „ob eine solche Klausel in den hypothetischen Vertrag aufgenommen würde, wenn damit in eine *erhebliche*

---

<sup>421</sup> Hörnle, Straftheorien, 2011., Rn 47 als irrealer Unterstellung, hier aber erste einmal nur als Minderung der Schutzwürdigkeit des Rechts gemeint.

<sup>422</sup> Hörnle, Straftheorien, 2011., Rn 45. Dazu Schmidchen, Prävention 2003, 245 ff., 266 f.

<sup>423</sup> Günther, K., Freiheit, 1998, 153 ff., 171 f.; zudem: Neumann 2007, S. 449 f, Pawlik 2004a, S. 9 – Loyalitätspflichten); Hörnle, Straftheorien, 2011, Rn 51.

*Einbuße* (vor allem des Lebens im Fall der Todesstrafe) eingewilligt würde“. Das gilt zumindest aus heutiger Sicht. Wer allerdings den Zeitgeist des vor allem 17. Jahrhunderts mitbedenkt, der konnte sich in Europa unter der *hobbessche* Alternative vom Kriege aller gegen alle etwas vorstellen oder wer zudem die Willkür des sozialrealen Absolutismus, mit seinen Unterdrückungen und seiner Rekrutierungspraxis als Alternativen vor Augen hat, der wird zumindest als Stadtbürger oder Leibeigener auch ein strenges *Kant*-Strafrecht akzeptieren, wenn es denn nur alle Menschen gleich zu behandeln versucht.

So kann die *Vertragslösung* nur für den Bereich *des Verfügbaren* gelten. Über das Leben kann man nicht verfügen, vgl. §§ 216, 228 StGB (als Verstoß gegen die guten Sitten). Das Verfügbare bildet den Kern der *Autonomie*, wie sie -an sich- für die deutsche Kultur vor allem *Kant* vorgeprägt hat.<sup>424</sup> Heute aber wird der rein liberale Aspekt begrenzt durch die vage *sozialethische* Idee der Sittenwidrigkeit, Art. 2 I GG. Sie ist mit der *Verfassungsethik* gleichzusetzen.

Wir wollen in Deutschland *nicht* in einer rein liberalen Gesellschaft leben, in der wir angeblich auch frei sind, *menschenunwürdige* oder auch sonst menschenrechtswidrige Strafen einzuführen. Wir wollen uns nicht für freihalten, einen Gesellschaftsgrundvertrag abzuschließen, der es erlaubt, in den demokratischen Strafnormen die eigene *Todesstrafe* zu festzulegen. Auch das *Foltern* zur Erpressung von Aussagen soll nicht demokratisch frei kodifizierbar sein.

Menschenwürde und Menschenrechte begrenzen also die Freiheit und gehören zu den Grundlagen des deutschen Gesellschaftsvertrages, Art. 1 I und II GG.

Zudem müssen die Strafen immer auch noch *gerecht* sein, also vereinfacht in einem Verhältnis zur *Tatschuld* stehen. Denn die Gerechtigkeit bildet den Kern der Rechtsidee im Sinne des Rechtsstaatsprinzips, Art. 20 III GG.

<sup>424</sup>

Kant, Grundlegung, 1785, AA, IV, 440 (Hervorhebungen nicht im Original): „Autonomie des Willens ist die Beschaffenheit des Willens, dadurch derselbe ihm selbst (unabhängig von aller Beschaffenheit der Gegenstände des Willens) ein Gesetz ist (...) Allein daß gedachtes Princip der Autonomie das alleinige Princip der Moral sei, läßt sich durch bloße Zergliederung der Begriffe der Sittlichkeit gar wohl darthun. Denn dadurch findet sich, daß ihr *Princip ein kategorischer Imperativ sein müsse, dieser aber nichts mehr oder weniger als gerade diese Autonomie gebiete*“. Dazu auch: Kant, p. Vernunft, 1788, AA, V, 55: „Die objective Realität eines reinen Willens oder welches einerlei ist, einer reinen praktischen Vernunft ist *im moralischen Gesetze a priori gleichsam durch ein Factum* gegeben; denn so kann man eine Willensbestimmung nennen, die unvermeidlich ist, ob sie gleich nicht auf empirischen Principien beruht“. Ferner: Kant, Metaphysik, 1797, AA, VI, 213: „Der *Wille (...) hat selber vor sich eigentlich keinen Bestimmungsgrund*, sondern ist, sofern sie (die Vernunft, d.V.) die Willkür bestimmten kann, die praktische Vernunft selbst“. Siehe ebenso: Kant, Grundlegung, 1785, AA, IV, 413 und 446 und Kant, p. Vernunft, 1788, AA, V, 32 f. Siehe dazu auch: Jakl, Recht, 2009, 130 f.).



Anderenfalls müssen solche Sanktionen als Maßregeln von der *Gefährlichkeit* des Täters abhängen, die der Gesetzgeber zwar auch, aber nur für Ausnahmen und als Ergänzung des Schuldstrafrechts vorhält. Aber sie dürfen nicht als Strafe angesehen werden. Insofern *begrenzt* die humane Schuldidee die präventiven Strafgründe.

Auch darf eine Absprache oder Vereinbarung mit der Justiz im Sinne von § 257c StPO, folglich nur zu einer angemessenen Milderung der Strafzumessungsschuld führen. Insofern beschränkt die Idee der *Gerechtigkeit* als der Ausgleichsteil des Schuldprinzips die Idee der Freiheit.

*Subjektive und objektive Vernunft.* Vereinfacht folgt diese Deutung dem Ansatz von *Kant*, die *allgemeine Maxime*, also das *Verallgemeinerungsgebot* in das Innere des Menschen zu verlegen. Der Täter *vermag* seine Handlung also vernünftig an den Erfordernissen der Allgemeinheit auszurichten. Geschieht dies nicht, so handelt er bewusst *ungerecht*. Dafür wiederum müsste die Allgemeinheit -also auch das ethische Überich oder das Gewissen des Täters- das Strafgesetz wollen, auf dass das Unrecht wieder gerade gerichtet wird. Insofern wird das Strafen zum kategorischen Imperativ des Täters selbst.

In der Regel wollen die Menschen, lies: die Mitglieder der Allgemeinheit, auch die Strafbarkeit von Unrechtstaten. Auch die Straftäter wollen in der Regel zumindest grundsätzlich den Strafrechtsschutz ihrer eigenen Rechtsgüter. Sie erfinden nur gern Ausnahmen, weshalb sie in diesem Falle nicht zu bestrafen sind.

Freiheit und Ethik sind also im inneren Selbst (*Autonomie*) des Menschen, gebündelt. Er gilt uns vor allem deshalb als Subjekt und darf nicht bloß als Objekt behandelt werden.

Diese Deutung des Menschen kann man durchaus als eine *moralische Fiktion* und Teil unserer deutschen *Kultur* erachten. Aber die Idee der Menschenwürde ist untrennbar mit der Vorstellung der *Begabung zur Vernunft* verbunden, die schon *Aristoteles* wirkungsmächtig für die gesamte westliche Aufklärung proklamiert hat. Zur Vernunft gehört es auch, sich selbst Regeln zu geben, wie mit wie anderen Menschen umzugehen ist.

*Kant* stellt dafür auf die gesamte Menschheit ab, der wir auch mit den Allgemeinen Erklärungen der Menschenrechte ihre Freiheit und also auch ihre Autonomie (UN 1948, USA 1776, Frankreich 1789) zuerkennen.

Dass die *kantsche* Maxime des allgemeinen Gesetzes dann auch die *Ethik von Räuberbanden* oder die des Darwinismus beinhalten könnte, bildet ein einsichtiges Gegenargument. Aber zum einen enthält der liberale Ökonomismus solche Angebote. Zum anderen und grundsätzlich gibt es *kein Dogma*, das nicht hinterfragt werden kann und sollte. Gäbe es ein solches, so wäre auch die Idee der Freiheit bedroht.

*Fazit:* Aus der letztlich *kantischen* Ausformung von der Autonomie des mit Vernunft begabten Menschen ergibt sich die Strafbegründung, dass der Täter mit der Tat *in das Strafrisiko* einwilligt. Denn er weiß *für sich allein*, dass es Strafe gibt und dass sie *grundsätzlich* sein muss, weil sie auch für ihn gerecht ist. So verlangen wir ohnehin, dass jeder Täter über ein *Unrechtsbewusstsein* verfügt.

Diese konsequente, aber auch *umstrittene* Einwilligungsidee ist zugleich eng mit dem liberalen *Sozialvertragsmodell* verwandt, bei dem die Menschen ein in einen Sozialvertrag einwilligen, zu dem dann auch das Strafrecht zählt.

Allerdings ist innerhalb unseres Rechtssystems, die Einwilligung nur auf *das Verfügbare* beschränkt. Die Einwilligung in das Risiko des realen oder auch des sozialen Todes zählt jedenfalls nicht dazu. Die Einwilligung in das Risiko der Todesstrafe und eine lebenslange Freiheitsstrafe ohne Aussicht bedingte Entlassung fallen also -zumindest- nicht darunter.

Das *Bundessverfassungsgericht* hat diesen Gedanken (noch) nicht ausdrücklich aufgegriffen, obwohl er sich unmittelbar aus dem Schuld- und dem Autonomieprinzip herleiten lässt.

### **III. Dreistufige gerechte Strafbegründung: legale, schuldgerechte und zugeteilte Strafe**

*Drei Arten der Straf-Gerechtigkeit.*<sup>425</sup> Schon *Aristoteles* kennt die *allgemeine* oder auch universelle Gerechtigkeit als Oberbegriff für seine beiden Arten der speziellen Gerechtigkeit als Achtung vor dem Gesetz.<sup>426</sup> Auch jene stellt also

---

<sup>425</sup> Zu der Dreifaltigkeit von legaler Gerechtigkeit, der Tausch- und der Zuteilungsgerechtigkeit, siehe: Aquin, *Summa theologiae*, 1273/1953, 1953, Buch II 2. 58. 6.

<sup>426</sup> Aristoteles (Rolfes), *Nikomachische Ethik*, 1911, , Buch V, 5.-7. Kap., 1129 f. („Da uns der Gesetzesübertreter als ungerecht und der Beobachter des Gesetzes als gerecht galt, so ist offenbar alles Gesetzliche in einem bestimmten Sinne gerecht und Recht. Was nämlich von der gesetzgebenden Gewalt vorgeschrieben ist, ist gesetzlich, und jede gesetzliche Vorschrift bezeichnen wir als gerecht oder Recht... Und so nennen wir in einem Sinne gerecht *was in der staatlichen Gemeinschaft die Glückseligkeit und ihre Bestandteile hervorbringt und erhält...*

eine anerkannte Art der Gerechtigkeit dar. *Thomas von Aquin* bietet als erste Form die *legale Gerechtigkeit*, an, etwa als höchstes allgemeines Gut (*bonum commune*). Die Strafe hat danach ein Gesetz und allgemein oder auch überhaupt gerecht zu sein. Der Art der Gerechtigkeit ist dabei aus dem Gesetz abzuleiten, das ein allgemeines ist. Die allgemeine oder auch legale Art der Gerechtigkeit gilt dann auch für das Strafgesetz als *allgemeines Gesetz*. „*Das Gerechte ist folglich die Achtung vor Gesetz und bürgerlicher Gleichheit, das Ungerechte die Missachtung von Gesetz und bürgerlicher Gleichheit*“.<sup>427</sup>

Die allgemeine Gerechtigkeit birgt die Grundidee des *Geradebiegens von etwas Krummen*. Sie bezieht sich üblicherweise auf konkrete Handlungen oder nachrangig auf konkrete komplexe Situationen. Menschen erscheinen uns dann in der Rolle der Handelnden und als davon Betroffene, also als Akteure einerseits und als passive Opfer andererseits.

Aus der Sicht der verfassungsrechtlich so relevanten Sicht der Täter (Art. 1 I, 2 I GG) verschaffen ihnen Straftaten immer auch ein *Autonomiegewinn*, dessen *Erfahrung* nicht mit einfachen zivilrechtlichen Schadensersatzausgleich ist: *Ich kann und ich darf das und ich kann und darf mich zum Herrn über fremde Güter aufschwingen*. Dieser Autonomieerfahrung ist nur mit einer Gegenerfahrung, der Unterwerfung unter das allgemeinen Rechts auszugleichen.

Die traumatisierten Opfer wollen dagegen die Beeinträchtigungen ihrer *Autonomie* ausgeglichen sehen. Sie wollen aus der Opferrolle herausgeholt werden. Die Allgemeinheit hingegen sieht vor allen die Gefahr für die Erhaltung der allgemeinen Rechtstreue und blickt auf ihre „Autonomie“ (Art 20 GG).

Das Schwergewicht liegt zumindest nach unserer Verfassung auf der Tätersicht. Seine immer noch andauernde *unberechtigte Autonomieerfahrung* ist mit einer Gegenerfahrung ausgleichen. Das besagt das blinde Gerechtigkeitsprinzip in seiner *allgemeinen Form*. Dies ist der wesentliche *Strafgrund* und aus ihm ergibt sich auch eine *Strafpflicht*,

Aber die strafende Gesellschaft ist *autonom*. Dasselbe gilt im Übrigen auch für die Opferseite, wenn oder soweit man davon ausgeht, dass der Staat bei den Verletzungen von Individualrechtsgütern vorrangig *stellvertretend* für die Opferseite tätig wird.

---

Das Ungerechte zerfällt in das Ungesetzliche und das der Gleichheit Widerstrebende, das Gerechte in das Gesetzliche und das der Gleichheit Entsprechende.“)

<sup>427</sup> Aristoteles, Nikomachische Ethik (Dirlmeier), 1999, Buch V, 5.-7. Kap., 1129b.

Die autonome Staatsgesellschaft bindet sich selbst *nicht nur* an die Gerechtigkeitsidee des Ausgleichens (über das Rechtsstaatsprinzip des Art 20 GG), Sie bindet sich vereinfacht an das gesamte Credo von „*Freiheit, Gleichheit und Solidarität*“, in dem die Gleichheit nur grob ein Drittel darstellt. Die Demokratie ist also auch „teilmäßig“ bei der Bestimmung von Ob und Wie des Strafens (im Sinne des Rechtspositivismus). Auch können und werden aus der Idee der Solidarität *andere Pflichten* ergeben, die der Gerechtigkeits-Strafpflicht gegenüberstehen.

Dazu zählt zum einen die alte Barmherzigkeit in der Form des *teilweisen humanen Strafverzichts*, um der Grausamkeit des strengen Ausgleichens abzumildern und eine Friedensgesellschaft zu schaffen, die die unantastbaren Würde einzelnen Menschen achtet. Zu anderen kennt das Strafrecht das *zusätzliche* Nebenrecht in der Form einer Sicherungsverwahrung nach der verbüßten Strafe, die als rein präventive Maßregeln gleichwohl ein Teil des Strafrechtssystem bildet, und erst die grundsätzliche Abmilderung der an sich gerechten Strafe erlaubt. Auch die Opferseite, sobald etwa der Staat auf sie abstellt oder sie als Nebenkläger auftritt, kann in diesem Sinne von „Freiheit, Gleichheit und Solidarität“ als autonom auftreten oder den Staat für sich handeln lassen.

Die Idee der allgemeinen Gerechtigkeit selbst zerfällt zudem in diesem Sinne, sobald wir die Lupe über sie halten, schon selbst in zumindest *zwei* Arten, vereinfacht in die liberale Tauschgerechtigkeit (*iustitia commutativa*) und die soziale Zuteilungsgerechtigkeit (*iustitia distributiva*).<sup>428</sup> Damit ist die praktische Gerechtigkeit von der blinden Idee weg auf bestimmten Fälle von menschlichen Verhaltensweisen oder Handlungen heruntergebrochen. Hier stehen erneut die Akteure im Mittelpunkt, der Einzelnen beziehungsweise das Kollektiv der Gemeinschaft.

Tausch findet unter Gleichen und als *Vertrag* statt. Die Tauschgerechtigkeit bezieht sich im Kern auf den einzelnen Akteur, der aktiv, bewusst und gerecht, weil aushandelnd (fair) *Waren tauscht*, über die er verfügen kann. Es handelt

---

<sup>428</sup> Aristoteles (Rolfes), Nikomachische Ethik, 1911, , Buch V, 5.-7. Kap., 1129 f., 1131. („Von der *partikulären Gerechtigkeit* aber und dem ihr entsprechenden Rechte ist eine Art die, die sich bezieht auf die *Zuerteilung* von Ehre oder Geld oder anderen Gütern, die unter die Staatsangehörigen zur Verteilung gelangen können – denn hier kann der eine ungleich viel und gleich viel erhalten wie der andere –; eine andere (1131a) ist die, die *den Verkehr* der Einzelnen unter einander regelt.“). Zudem Höffe Aus der Sicht der *Philosophie* des Rechts: Höffe, Gerechtigkeit, 1987, 30 f. er trennt die *personale* Gerechtigkeit als (1) hoheitliche „iustitia distributiva“, (2) die *zivilrechtliche* als „iustitia commutativa“ und (3) die besondere *strafrechtlichen* als „iustitia retributiva“ (die alle zudem alle über die Rechtsidee miteinander verwoben seien). Zusammenfassend aus der Sicht der europäischen Rechtsphilosophie: Coing, Grundzüge, 1993, 15 f.

sich um einen modellhaften und fiktiven *Zwei-Personen-Ansatz* (Du und ich, do ut des, tit for tat). Erst im nächsten Schritt sollte das Tauschmodell verallgemeinert werden, denn dann verliert es schon einen Teil seines Wesens und die Idee der Allgemeinheit tritt hinzu, etwa in Form des geregelten Marktes. Der Markt entwickelt die Marktregeln, baut eine Marktpolizei auf und verfügt über das Marktgericht der Gleichen (Peers). Die Allgemeinheit wird zum kollektiven Akteur. Die Gemeinschaft teilt die Strafe dann zu oder verzichtet aus übergeordnet Gründen darauf. Es entwickelt sich eine Dreieckssituation.

Einzelnes:

Im echten Zwei-Personen-Modell ist jeder Akteur auf das Strafen übertragen der *Täter*. Ihn treffen die Vertragsstrafen oder der Verzicht auf weitere Kooperation, weil er sich „unfair“ verhalten hat, er hat genommen ohne zu geben und ohne die Zustimmung einzuholen, meist mit Gewalt oder List.

Zwei Blickwinkel ergeben sich aus dem Zwei-Personen-Modell der Tauschgerechtigkeit, die des Ich-Täters und die des Du-Partners, des *Anderen*. Die Idee von der Menschenwürde legt das Gewicht vorrangig auf das „Selbst“, Art. 1 I GG, und nachrangig auf den Anderen.

Der angloamerikanische *Liberalismus* geht den umgekehrten Weg, verallgemeinert sofort, stellt nach innen den Markt in den Mittelpunkt und regelt den Streit. Der *jeweils andere* muss sich verteidigen können und den Streit schlichten die Peers.

Aus seiner eigenen *autonomen* Sicht trifft den Täter die Schuld oder auch die Eigenverantwortung, an der Tat und an der blind folgenden ausgleichenden Gerechtigkeit. Aus der Sicht des autonomen Partners, der sein Opfer ist, wird dem Täter die Verantwortung und auch die Strafe *zugeschrieben*, vor allem weil auch er sich in die Rolle des Täters, für ihn also des Anderen, zu versetzen vermag. Er geht dann auch davon aus, dass der Täter sich an seiner Stelle ebenso verhalten würde, weil „Wie Du mir, so ich Dir“ ein übermächtiges Prinzip darstellt, und zwar dreifach: in der Ethik, in dieser Gesellschaft und aus der Erfahrung.

Allerdings könnte aus der Du-Sicht, der Andere, hier das Opfer auch auf die Zurechnung oder auf die Strafe selbst verzichten. Er ist der *Ober-Herr* über die Zurechnung und damit auch über die Strafe. Insofern übt der „Andere“ auch eine Art *zuteilende Gerechtigkeit* aus. Verzichtet er aber nicht auf Strafe, so wird er auf die Eigenverantwortung des Täters verweisen (dürfen). Denn der teilweise oder auch völlige Verzicht ergibt sich nach diesem Modell aus der Idee der souveränen „Gnade“ (oder Barmherzigkeit oder Solidarität oder auch Humanität) und nicht aus dem „Recht“ selbst. Insoweit steht der Herr oder auch der kollektive Gesetzgeber im Willen frei über dem gerechten Recht. Insoweit bindet ihn also nicht die Gerechtigkeit in der Art der Reziprozität.

Anders gewendet ist schon einmal die Gerechtigkeit selbst zweigeteilt. Neben der Gerechtigkeit als Wechselseitigkeit regiert uns die Zuteilungsgerechtigkeit, die typischer Weise auch die *solidarische* oder auch soziale *Gerechtigkeit* mit umfasst. Die Zuteilung erfolgt zumeist durch einen souveränen (staatlichen) Oberherrn, er ist an die jeweiligen Schutzbefohlenen gerichtet und dient der Aufrechterhaltung einer bestimmten *sozialen*

*Ordnung.* Gerecht handelt vereinfacht der *kollektive Staat* gegenüber seinen bedürftigen Bürgern. Aber auch sie haben ihm gegenüber Solidaritätspflichten zu erfüllen. Insofern besteht eine Art von *hintergründigem* Gesellschaftsvertrag. Handeln Oberherren dauerhaft nicht gerecht, sondern willkürlich, so drohen Aufstände, vgl. auch das Widerstandsrecht in Art. 20 IV GG. Deshalb muss der demokratische Gesetzgeber für die Ausnahmen der Strafe gute Gründe haben geben, die eine Diskriminierung im kantschen Gesetzessinne von Art. 3 I GG ausschließen. Er begreift sich auf den zweiten Blick also nicht völlig frei, sondern er unterwirft sich der Vernunft der gute, weil gut vertretbaren *Rechtfertigungsgründe*. Er bewegt sich also weiterhin innerhalb des Rahmens der vagen Idee des gerechten Rechts. Er zeigt sich als Rechtsstaat und als kollektives Rechtssubjekt.

Der Ansatz der „soziale Zurechnung“ verdrängt allerdings die höchstpersönliche Schuld ins zweite Glied. Die Strafe dient danach vorrangig der Wir-Allgemeinheit; sie muss der allgemeinen Idee von Recht und Gerechtigkeit Geltungskraft verschaffen. Die Position der Generalprävention überwölbt folgerichtig die Begriffe, die mit der höchstpersönlichen Schuld eigentlich aus dem Ich-Autonomie-Ansatz stammen. Es regiert die am Ende die Wir-Autonomie.

Es gibt also auch insofern verschiedene gut vertretbare, also vernünftige Ansätze. In der Mitte aber zwischen dem Ich-, dem Du- und dem Wir-Modell des Strafens, das jeweils die Person des Strafenden betont, steht die objektive oder auch die nichtpersonale Idee des *gerechten Ausgleichens*. Jede westliche Verfassung sucht diese Aspekte zu ordnen.

Das alte europäische Grundmodell, auf dem aufzubauen ist. lautet: (individuelle) Freiheit, (gerechte) Gleichheit und (empathische) Solidarität. Danach steht die Gerechtigkeit, der deren Kern die (blinden) Gleichheit ist, zwischen dem Individuum und der Gemeinschaft.

*Folgerung und Einordnung.* Die beiden *zusätzlichen Maßstäbe*, die dem gerechten Richten die Richtung geben, sind aus der Sicht der deutschen Verfassung die Freiheit und Eigenverantwortung des Individuums, Art. 1 I, 2 I GG, und die Solidarität seitens und auch gegenüber der demokratischen Gemeinschaft, Art. 20 GG. Die Gemeinschaft gewährt fürsorgerisch Schutz und Sozialleistungen und sie bietet und erzwingt ein Rechtswesen samt der rechtlich geregelten Marktwirtschaft und dem Strafrecht als Zwangsrecht.

- (1) Das Autonomie- und Verantwortungsprinzip eröffnet für die *mittleren und leichteren* Strafen die Legitimation über das liberale *Modell der Gesellschaftsvertragsstrafe*. Über einen bestimmten *nicht existenziellen* Bereich seiner Freiheiten kann der Mensch *verfügen*. Der Täter wusste von der Strafdrohung; er hat die Verurteilung im Willen „frei“ riskiert.

Dies ist die *liberale Gerechtigkeit*, sie geht mit dem Gedanken der Gesellschaftsvertragslehre einher und muss sich auch mit deren Kernproblem auseinandersetzen, eigentlich auf einer *Fiktion* zu beruhen. Aber immerhin kann jeder erwachsene Mensch, der nicht mit den

Nachteilen des deutsche Rechts- und Gesellschaftssystems einverstanden ist, das Land verlassen und auswandern Anderenfalls muss er diese Nachteile des Gemeinschaftslebens um der Vorteile willen auf sich nehmen. Man kann dies auch (gerade noch) als eine Art von (ökonomistisch gedachter) *Tauschgerechtigkeit* bezeichnen. Einen gesamten „Markt“ zur Verfügung zu haben, lies eine Gesellschaft der miteinander kommunizierenden und kooperierenden Personen, ist von Vorteil. Dann aber gelten auch die Marktregeln; Freiheiten werden beschränkt; niemand soll nur nehmen, aber nicht geben.

Die Tauschgerechtigkeit bildet, wie schon in der Vertragsidee erkennbar, also eines der drei wesentlichen Elemente des Gesellschaftsvertrages. Es regiert ihn und stellt seine *Geschäftsgrundlage* dar. Die Tauschgerechtigkeit ist also nicht abwählbar. Denn ohne sie gibt es überhaupt keinen Vertrag, Sie bildet den materiellen oder auch *ethischen Kern* eines jeden und damit auch des Gesellschaftsvertrages.

Das zweite Element bezieht sich auf die Herrschafts- und Gewaltseite. Es ist das soziale Element. Gesellschaft bietet dem Einzelnen den verbesserten Schutz, sowohl nach außen, als auch den Schutz der Vertrags- und Marktordnung nach innen. Der Streit ist nach dem Markmodell gerichtlich und forensisch (von Forum, Versammlungsplatz) zu schlichten.

Das dritte Element, das ebenfalls eine Art von Geschäftsgrundlage bildet, sind die natürlichen Bedürfnisse des Einzelnen und das Leben mit den Gesetzen der Natur. Zum ethischen Sollen gehört auch das Sein des Menschen.

Insoweit *begründet* also die Idee vom Freien die *Fiktion der Willensfreiheit* die Strafe. So wird auch und insoweit üblicherweise, wenn auch verkappt, die Schuldstrafe erklärt, wenn es heißt: Der Täter habe anders handeln können und wusste um die Strafbarkeit. Dann hat er, so ist zu folgern, die Strafe also in Kauf genommen.

Aber die Fiktion der Willensfreiheit hat *in diesem Bereich* immer noch den Vorzug, ihm überhaupt die *Freiheitsrechte* einzuräumen und ihm die Vorteile der demokratischen Kultur zu sichern So erlaubt das Gesetz, zumindest auch, einen Teil der Sanktion im Verbund mit Geständnis und Aussetzung zur Bewährung im Rahmen einer Vereinbarung aushandeln, § 256 c StPO.

Geld bildet ohnehin einen Warenersatz. Geldstrafen umfassen sogar rund 80 % der Verurteilungen. Insofern trifft den Verurteilten, was er (als Person) im Sinne der Wechselseitigkeit verdient hat. Seine Tat wird ihm vergolten (der Wortstamm von Geld steckt auch im Vergelten). Der ethische Makel, den der Schuldspruch darstellt, mindert ebenfalls zu Recht seinen Ehranspruch, belässt ihm aber seine Würde als Mensch und die Handlungsfreiheit im Grundsätzlichen.

- (2) Daneben steht die Begründung von Langzeitstrafen über die strenge Vergeltungsidee im Verbund mit der -sozialen- Gerechtigkeit als Solidaritätsoffer, analog zur Sicherungserwahrung.

Mit einer solchen mit Blick auf das Verbot der Todesstrafe und die stets mögliche bedingte Entlassung immer noch humanen Vergeltungslehre gelingt die Begründung der Strafen im Bereich *Schwerstkriminalität*.<sup>429</sup> Diese strenge Vergeltungsidee dürfte am ehesten die Strafe für Mord und die hohen Mindeststrafen für die anderen Kapitaldelikte (mit vorsätzlich oder grob fahrlässiger Todesfolge, § 74 II GVG) erklären.

Das bedeutet, dass *nicht aussetzbare Strafteile* oberhalb von etwa 8 bis 10 Jahren vor allem als *Sonderopfer*, und zwar auch über die Idee der blinden Gerechtigkeit zu rechtfertigen ist, aber nicht über die Tauschgerechtigkeit. Sie gehört zur Zuteilungsgerechtigkeit. Sie dient, sobald sie nach dem Akteur und dem Zweck gefragt wird, hauptsächlich der „Erhaltung der Rechtstreue der Allgemeinheit“, die ihrerseits nach Gerechtigkeit ruft und anderenfalls mit Selbstjustiz droht.

Die Maßregeln der Besserung und Sicherung bilden ohnehin keine echten Strafen im Sinne des deutschen Schuldstrafrechts, sondern stellen offen Sonderopfer dar. Das gilt auch für die Sicherungsverwahrung. Auch die Untersuchungshaft ist als ein Sonderopfer zugunsten des Ermittlungszweckes zu deuten.

Im Einzelnen:

Man kann beim Strafen auch von einer *negativen* Art der zuteilenden Gerechtigkeit sprechen. Es werden nicht Rechtsvorteile gewährt, wie die Sozialhilfe, sondern Rechtsnachteile zugeteilt, und zwar deshalb, weil die Gesellschaft und ihre Werteordnung diese Eingriffe in die Sphäre ihrer Mitglieder benötigt.

---

<sup>429</sup> Dazu, dass für schwerste Verbrechen womöglich der Vergeltungssinn wieder zum Durchbruch komme, Kaufmann, Arthur, Schuldprinzip, 1976, 276;



Bezogen auf die Strafteile von grob über 10 Jahre hinaus muss die liberale Idee von der Autonomie, also die Menschenwürde einen Preis zahlen. Diese Strafen bilden -eigentlich- wegen ihrer Überlänge in eine grausame „*unmenschliche und erniedrigende Strafe*“, die Art. 4 die EU-Grundrechtecharta ausdrücklich verbietet, vgl. auch Art. 104 I 2 GG. Auch die *solidarische Gesellschaft*, die solche grausamen Strafen zulässt, beschädigt ihr eigenes humanes Wertesystem.

Auf die humanen Grenzen vor allem der schlichten Tauschgerechtigkeit weist der alte Satz „*fiat iustitia pereat mundus*“ („Würde Gerechtigkeit geschehen, würde die Welt vergehen.“) hin.<sup>430</sup> Oder mit *Nietzsche*, an den der Rechtsphilosoph *Höffe* erinnert, der *kantsche „kategorische Imperativ rieche nach Grausamkeit“*.<sup>431</sup> Oder mit *Thomas von Aquin*: „Gerechtigkeit ohne Barmherzigkeit ist Grausamkeit; Barmherzigkeit ohne Gerechtigkeit ist die Mutter der Auflösung.“<sup>432</sup> Strenges (Kleinkrämer-) Recht verlangt nach der Gnade des Herrn Auch gehören das blinde harte Recht des „Jedem das Seine“ und die salomonische Billigkeit untrennbar zusammen.<sup>433</sup>

Die Gesellschaft könnte zwar für latent gefährliche Täter stattdessen *Maßregeln der Besserung und Sicherung* und im Übrigen die bedingte Entlassung vorsehen oder wenigstens den *Freigang von Gesetzes wegen* klar eröffnen. Dies geschieht aber nicht, weil die Bevölkerung vor allem bei Bluttaten derartige Strafen für *gerecht* hält und in der Mehrheit vermutlich kurz nach der Tat die Todesstrafe in Betracht ziehen würde. Das Volk übersieht dabei, dass die *strenge Gerechtigkeit* immer auch die Barmherzigkeit als Gegenpol zu bedenken hat, und dass sie die *Humanität* inzwischen auch über die Menschenrechte zum Teil des „gerechten Rechts“ im Sinne von *Radbruch* erhobenen hat.

Fundamental gerecht ist daran nur, aber immerhin, dass ein praktischer *Ausgleich* zwischen den Höchstwerten der Autonomieidee (Art.1 I GG) und der Solidarität (Art. 20 GG) stattfindet. Sie stehen insofern in „praktischer Konkordanz“ zueinander.

Aber würde man die Maßregeln der Besserung und Sicherung erweitern, so stellte sich die Frage nach dem Maßstab für die Prognose. Er könnte fast alle Fälle der *Schwerstkriminalität* miterfassen. Denn auf Vortaten kann das Recht

---

<sup>430</sup> Zaczyk, *Fiat iustitia*, 2006, 649 ff.

<sup>431</sup> Höffe, *Rechtsprinzipien*, 1990, 239 u. Hinw. auf: Nietzsche (Schlechta), *Genealogie*, 1887/1977, 761 ff., 2. Teil, Abs. 6.

<sup>432</sup> Thomas von Aquin, *Kommentar zum Matthäus-Evangelium* 5, 2 (Pieper Nr. 361), Aquin (Piper), *Matthäus*, 1270/2011 Nr. 361.

<sup>433</sup> Zur Billigkeit als Einzelfallgerechtigkeit, siehe auch: Schäfer, *Grundlagen*, 1989, 65; zudem: Radbruch, *Rechtsphilosophie*, 1932/2003, 37, 69, Sauer, *Gerechtigkeit*, 1959, 137; Aristoteles, *Nikomachische Ethik* (Dirlmeier), 1999, Buch V, 14. Kap. (1137 b).

bei Tötungsdelikten nicht warten und muss oder kann zumindest auch auf ein gering erhöhtes Risiko der Wiederholung reagieren. Insofern ist dem demokratischen *Gesetzgeber* ein *Gestaltungsfreiraum* zuzubilligen. Er umfasst das gesetzgeberische Recht mit, auch bestimmte Sanktionsteile, die eigentlich zu den *Maßregeln* gehören müssten, der Schuldstrafe zuzuschlagen.

Man kann über die Idee der legalen oder allgemeinen Gerechtigkeit aber auch zusätzlich den Freiraum des höchsten Gesetzgebers ausrüsten. Er ist der Herr der Gesetze und vertritt die Allgemeinheit. Was allgemein gültig ist, erscheint als gerecht. Diese eigentlich universalistische Sicht lässt sich dann mit einem Bedeutungsverlust auf die nationale Ebene herunterbrechen

Zu fragen ist im Konkreten nur, ob wir im Vollzug die *Privatsphäre* bei Mordtätern und anderen Langzeitgefangenen nicht grob analog zur Sicherungsverwahrung weiter ausbauen müssten oder soweit dies faktisch ohnehin schon stattfindet, diese Binnenethik des Vollzugs nicht auf diese Weise eine *zusätzliche Rechtfertigung* erhält.

Entscheidend ist aber, dass der *Schuldansatz*, die Strafe über die Eigenverantwortung zu rechtfertigen, nur, aber immerhin bis hin zu *mittelfristigen Mindestfreiheitsstrafen* reicht. Dabei ist mit zu berücksichtigen, dass und inwieweit der Täter auf die Höhe der Strafe und deren Vollstreckung noch nachträglich autonom mit Geständnis und guter Führung Einfluss nehmen kann. Insoweit kann ein Mensch, hier also der Täter eingeschränkt noch über seine Freiheit verfügen.

Diese zweistufige Lehre geht also vorrangig von einer *Gesellschaftsvertragsstrafe* aus. Auf das *Risiko der Strafe* hat sich der Täter, der sich im Geltungsbereich des deutschen Strafrechts aufhält, *mit seiner Tat* eingelassen. Deshalb prüfen wir auch sein Unrechtsbewusstsein oder gegebenenfalls die Gründe für dessen Fehlen. Hinzu tritt die *soziale (oder auch legale) Gerechtigkeitsbegründung*, die das deutsche Strafrecht immerhin auch schon humanisiert hat. Sie betrifft vereinfacht die Kapitaldelikte um den Mord, mit Mindeststrafen von 10 Jahren, und den Hochverrat gem. §81 I StGB.

Der Verbund dieser beiden Stufen lässt sich mit Argumenten aus dem Arsenal des *Bundesverfassungsgerichts*, also verfassungskonform, untermauern

*Autonome Einwilligung in das Risiko nur für mittelfristige Strafen und Strafteile.* Zu einer weiteren Einschränkung führt die hier vertretene Sonderlehre. Ausgeblendet ist die Frage, ob das Autonomieprinzip nicht verlangt, die Schuldstrafe auf solche auf realen Rechtsnachteile zu begrenzen, über die der

Täter nach sozialetischer Ansicht als Mensch auch *verfügen* kann.<sup>434</sup> Dann und insoweit wiederum kann die *Gerechtigkeit der Strafe* auch ernsthaft *liberal* und über eine Art von *Einwilligung in das Risiko* erklärbar sein. Anderenfalls handelte es sich um eine Art von *sozialer Zuschreibung*.

Nur Freiheitsstrafen, die den Bereich des *Verfügbaren* umfassen, lassen sich auf diese Weise als eine Art der *gerechten Selbstbestrafung* erklären. So hat das *Bundesverfassungsgericht* schon den ersten Schritt in diese Richtung gesetzt, indem es die lebenslange Freiheitsstrafe mit der Aussicht auf Freiheit in Form der *bedingten Entlassung* verbunden hat. Letztere war zuvor faktisch ohnehin schon als Gnadenlösung vorhanden. Die Fortbewegungsfreiheit gehört also grundsätzlich zur Menschenwürde.

Strafen oberhalb des *Verfügbaren* und damit auch des wirklich *Verschuldbaren* bilden eine Art von *Gefährdungshaftung*, die dann aber auch entsprechend begründet werden müsste.

Nur mittelfristige Zeiträume von höchstens 5 Jahren sind für den einzelnen Menschen gerade noch überschaubar. Selbst jedes gut geführte Unternehmen kann seine Strategie nur mittelfristig festlegen. Spätestens dann muss der Kaufmann nachsteuern. Auch gesamte *Legislaturperioden* dauern nicht länger. Die persönlichen Zeiträume sind für einen Menschen etwas ganz anderes als die soziale Zeit. Fünf Jahre kann man deshalb noch als „*verfügbaren Zeitraum*“ bezeichnen.

Bei langjährigen Freiheitsstrafen, die vernünftigerweise von keinem Menschen mehr zu überschauen sind, wird der Gedanke des *Autonomieprinzips* im Sinne des Art. 1 GG missbraucht. Es handelt sich um eine –soziale– Zuschreibung von Freiheit, die in Wirklichkeit nicht besteht. Solche Art sittenwidriger *Selbstverpfändungen* auf 10, 15 und mehr Jahre kann die deutsche Rechtsordnung –eigentlich– schon um ihrer selbst willen nicht dulden.

Die Idee der Eigenverantwortung trägt als schon weit, sie darf allerdings nicht sofort mit dem Gedanken des Schuldausgleichs im Sinne der vollen Wiedervergeltung verbunden werden. Die ideale *Wiedervergeltung eines Mordes* mit einem Mord ist überhaupt nur auf der Ebene des Streites zwischen clanähnlichen Gruppen möglich. Von diesem Denken hat sich der westliche Individualismus weitgehend, aber was die Generalprävention angeht, offenbar doch nicht ganz vollständig, gelöst. Das ist auch zu akzeptieren. Dort, also zur Erhaltung der Rechtstreue, soll diese kollektivistische Sichtweise dann auch ihre eigene Bedeutung erhalten.

---

<sup>434</sup> Mit überarbeiteten Textteilen aus Montenbruck, Höchststrafe, 2011, 375 ff. , 375 ff.

Die Idee von der Würde des Menschen gilt aber bekanntlich selbst für den Mörder.<sup>435</sup> Deshalb ist – insofern und zunächst – einmal sein Blickwinkel einzunehmen. Für ihn wie für jeden Menschen ist nunmehr nur noch an die große Idee der Autonomie zu erinnern, die das gesamte Zivilrecht prägt und die Freiheit und Würde ausfüllt. Diese Idee aber muss an die menschlichen Realitäten gebunden werden. Kein Mensch kann über 10, 15 oder gar 25 Jahre seines Lebens wirklich frei verfügen. Höchstens Gesellschaften können in Generationen denken.

Als Rechtfertigung sind aus der Sicht des autonomen und würdigen Strafgefangenen dann die Gründe analog heranzuziehen, die das *Bundesverfassungsgerichts* zur *Sicherungsverwahrung* vorträgt.

Auf diese Weise wird der Mensch zum *sozialen Wesen* erklärt, das *Sozialpflichten* unterliegt. Zu diesen Pflichten gehört es auch, den unter Umständen lebenslangen Freiheitsentzug aufgrund einer Maßregel der Besserung und Sicherung gem. §§ 63, 64, 66 StGB zu ertragen.<sup>436</sup>

Im Kern und vereinfacht geht es um Strafteile oberhalb von 10 Jahren im geschlossenen Vollzug. Sie lassen sich *primär* über Gedanken der im Kern blinden *Gerechtigkeit* und als ein *Sonderopfer* auf deren Altar erklären. Zusätzlich und sekundär stellen sie ein *Solidaritätsopfer* dar, unter anderem zur Erhaltung der *Rechtstreue* der Allgemeinheit, die wiederum derartige Gerechtigkeit fordert und anderenfalls mit unzivilisierter Selbstjustiz droht. Die Strafe dient ohnehin mit der Art des Vollzuges auch individualpräventiven Zwecken. Auf diese Weise sind die drei Elemente der Vereinigungstheorie wieder vertreten.

Den Vorrang genießt die vage Idee der strengen *Gerechtigkeit*. Sie kommt für diese Strafteile als soziale und zuteilenden Gerechtigkeit daher.

Aber die anderen Strafen und Strafteile kann man mit der individuellen Tauschgerechtigkeit begründen. Dieses Risiko ist der Täter eingegangen und konnte er auch eingehen, diese Strafe und Strafteile lassen sich auch über einen ehrlichen Schuldausgleich rechtfertigen. Dabei ist es gleichgültig, ob die Strafe tatsächlich sinnvoll und nützlich ist. Bei einem Vertrag genügt es *analog* zum Gesellschaftsvertrag, dass die Parteien sich darauf *einigen*. Nach deutschem Recht ist allerdings auch zu fordern, dass sie nicht grob Sittenwidriges

<sup>435</sup> Vgl. BVerfG 109, 133, 134 f., nur die Freiheit dürfe beschnitten werden.

<sup>436</sup> Zur Sicherungsverwahrung: BVerfG, *Beschluss* vom 8. 11. 2006 - 2 BvR 578/0. Absatz-Nr. 69 und 70.

vereinbaren. *Minimalethische Standards* sind einzuhalten. Dies gilt auch für die Verfassungsebene und dann, wenn man grundsätzlich im Sinne des Liberalismus die deutsche Verfassung als eine Art von Gesellschaftsvertrag deutet. „Unrechtes Recht“, also vor allem ein Verstoß gegen die Menschenrechte kann nicht als Recht gelten.

Im Einzelnen: Gemeint sind zwar zunächst diejenigen Strafteile, die oberhalb von einer *vollstreckenden Mindeststrafe* von grob 5 Jahren liegen. Doch sind für die Bestimmung der gerade noch *mittelfristigen* Strafe, über die der Einzelne vernünftigerweise noch verfügen kann, die Feinheiten unseres *Sanktionensystem* mit zu berücksichtigen. So sind die Möglichkeit der *Zweidrittelverbüßung* bei günstiger Legalprognose gem. § 57 StGB ebenso mitzubedenken wie die erheblich strafmildernde Wirkung eines *vollen Geständnisses* womöglich samt eines mildernden Täter-Opfer-Ausgleichs. Beides kann der Einzelne *autonom* mit beeinflussen. Gemeint sind also grob *Strafteile* von Strafaussprüche, die - *ohne Geständnis*- oberhalb von 8 bis 10 Jahren liegen. Falls man zudem auch noch den *Freigang* mit einbezieht, der dem Strafgefangenen einen erheblichen Freiraum gewährt, den sich der Täter auch *autonom* im Vollzug verdienen kann, wäre diese grobe Grenze noch weiter nach oben zuschieben.

10 Jahre sind -wie auch 5 Jahre- eine pauschale Strafrahmengrenze des Strafgesetzbuches. So kennt dieses Regelmindeststrafen von 10 Jahren, etwa bei einigen Tötungsdelikten Sinne des § 74 GVG und beim Hochverrat, dem gewaltsamen Umsturzversuch, gemäß § 81 I StGB. Außerdem bildet umgekehrt die 10-Jahresgrenze die Obergrenze der mittelschweren Kriminalität und in aller Regel halten die Gerichte bei der mittleren Kriminalität (Diebstahl, Betrug, Steuerhinterziehung) selbst für schwere Fälle faktisch eine *5 Jahres-Grenze* ein. Das gilt auch für viele Gewaltdelikte. Nur in Sonderfällen überschreiten sie sie.

*Fazit:* So ist am Ende eine *zweistufige Begründung des Strafens* angezeigt, die sich beide aus der Strafpflicht speisen, die sich der aus sich blinden Gerechtigkeitsidee des Gerade-Richtens von etwas Krummen ergibt. Blind heißt, sie verfolgt keinen weiteren Zweck. Sie ist ein Selbstzweck oder auch: Das Prinzip von „*actio und reactio*“ tritt auch unter Menschen als eine Art von Naturgesetz auf.

Diese Ideen bilden m. E. die *Grundlage der Rechtfertigung* der deutschen Strafe aus der Sicht der *Menschenwürde*.

Freiheitsstrafen Strafen von grob 10 Jahren oder mehr lassen sich nicht mehr allein mit dem Autonomieprinzip und der *Einwilligung in des Strafrisiko* rechtfertigen. Dies sind Fälle, in denen die *zuteilende* oder auch *soziale Gerechtigkeit* hinzutritt.

Wer aber meinen sollte, der Täter könne auch in das Risiko einwilligen, zu einer langfristigen Freiheitsstrafe verurteilt zu werden, der kann das gesamte deutsche Strafrecht aus der Sicht der *Autonomie* des Menschen erklären und das Schuldprinzip zuende denken.

Wer nicht vom den autonomen Menschen und dessen Vernunft ausgeht, sondern wer allein auf die Vernunftidee der Gerechtigkeit als solche abstellt, der wird alsbald zur Aufteilung in zwei Formen gelangen, die Tausch- und die Zuteilungsgerechtigkeit, oder auch zu dreien mit der legalen Gerechtigkeit. Er wird dann drei Blickwinkel einnehmen (können), den des einzelnen Akteurs (nach außen), den der Gemeinschaft (nach innen) und den des gesetzten Rechts als solchen. Alle drei Positionen lassen sich einerseits absolut setzen und können sich andererseits auch ergänzen.

#### **IV. Vorzüge der Schuldidee: Wahrheitserforschungspflicht und Individualisierung, und Auswirkungen auf den Tatbegriff**

*Wahrheitserforschungspflicht.* Im ersten Leitsatz seines Urteils über die Absprachen im Strafprozess erklärt das *Bundesverfassungsgericht*<sup>437</sup> nachdrücklich, konsequent und Grenzen setzend:

*„Das im Grundgesetz verankerte Schuldprinzip und die mit ihm verbundene Pflicht zur Erforschung der materiellen Wahrheit*

und es fügt an:

*sowie der Grundsatz des fairen, rechtsstaatlichen Verfahrens, die Unschuldsvermutung und die Neutralitätspflicht des Gerichts*

*schließen es aus, die Handhabung der Wahrheitserforschung, die rechtliche Subsumtion und die Grundsätze der Strafzumessung zur freien Disposition der Verfahrensbeteiligten und des Gerichts zu stellen.“*

Aus dem Schuldprinzip ergibt sich also die Pflicht zur Erforschung der materiellen Wahrheit und es gilt das *Legalitätsprinzip*. Die Tat, die dem Angeklagten vorgeworfen wird, muss nachgewiesen sein. Der Satz „in dubio pro reo“ (Im Zweifel für den Angeklagten) und die Unschuldsvermutung des Art. 6

---

<sup>437</sup> BVerfG, Absprachen, Urteil vom 19. März 2013 - 2 BvR 2628/10. Vgl. auch Stuckenberg, GA 2016, 689 ff. ( „Schuldprinzip und Wahrheitserforschung. Bemerkungen zum Verhältnis von materiellem Recht und Prozessrecht“).

II EMRK, die zugleich deutsches Binnenrecht darstellt, fußen darauf. Es muss eben eine *Tat* vorliegen und nicht nur ein erheblicher *Tatverdacht*.

Dass Einschränkungen aus Gründen des Verfassungsprinzips der *Effektivität der Strafrechtspflege* möglich und nötig sind und dass auch die Gerichte auch, und vor allem bei der täterbezogenen Strafbemessung einen *Gestaltungsspielraum* haben müssen, ebenso wie später auch noch einmal der *Strafvollzug*, beruht unter anderem auf Sinn und Zweck der Gewaltenteilung. Diese Freiräume zeigen auch, dass auch insoweit eine Art von prozessualer *Vereinigungstheorie* gilt, allerdings erneut mit dem *Vorrang des Schuldprinzips*.

Ein *selbständiges* präventive Maßregelrecht, dass nicht untrennbar an das *Schuldstrafrecht* gebunden, wäre ein bloßes Polizeirecht, für das der Nachweis von Gefahren, liest ein konkreter Tatverdacht, ausreicht. Es wäre für staatliche Missbrauch hoch anfällig. Auch je stärker die präventiven Ideen in der Kriminalpolitik gewichtet werden, desto mehr löst der Gesetzgeber das einfache Tatschuldstrafrecht auf. Es reichen dann schon *abstrakte Gefahren* aus, was *Jakobs* als *Feindstrafrecht* bezeichnet. *Rechtstatsächlich* überwiegen aber bei weiten die Delikte aus dem Kernbereich des Strafrechts, und zwar typischer Weise auch in der vollendeten Form. Um die Begründung der Strafe für sie und für die besonders schweren Gewaltdelikte geht es.

*Vorzüge der Schuldidee im engeren Sinne*: Die Verbindung des Schuldprinzips wenigstens mit der abstrahierten Vergeltung eines Übels mit anderen Übeln zum "Schuldausgleich" bietet dennoch unübersehbare Vorzüge, insbesondere weil *Schuld* untrennbar mit dem Bild von dem für seine Taten verantwortlichen, also im Willen freien Menschen verknüpft ist (Art. 1 GG). Im Einzelnen:

(1) Das individualisierende Schuldstrafrecht erlaubt es, *Milde* walten zu lassen. So ist das *fahrlässige* Verhalten nur geringer oder gar nicht zu bestrafen. *Zufällige* Schadensverursachungen lastet das Recht dem Täter überhaupt nicht an.

(2) Wer einem Mitmenschen eine Rechtsgutsverletzung vorzuwerfen trachtet, ist überdies gezwungen, an dessen konkretem Verhalten und nicht an seiner allgemeinen Lebensführung im Sinne eines Täterstrafrechtes anzusetzen. Das Schuldprinzip legt das *Tatstrafrecht* nahe und rückt von der schlichten Verknüpfung mit dem Erfolg ab. Ihre freien Handlungen haben Menschen in erster Linie zu verantworten.

(3) Mit Tatstrafrecht ist wiederum die Vorstellung verbunden, dass der bloße Verdacht, die Tat begangen zu haben, nicht ausreichen kann. Dem Täter ist die Tat nachzuweisen. Bis dahin gilt er als unschuldig (Art. 6 II EMRK).

(4) Auch ist dem im Willen freien Mitmenschen jedenfalls für Zweifelsfälle *zuvor* zu erklären, welches Verhalten verboten und strafwürdig ist. Die Garantiefunktion des Satzes: "Keine Strafe ohne Gesetz" (Art. 103 II GG, § 1 StGB) bildet eine weitere Folge des Schuldprinzips.

*Tatbegriffe.* Wenig beachtet, verknüpft die Idee des Tatschuldausgleichs nicht nur zwei eigenständige Prinzipien miteinander: die schlichte Tatvergeltung und die *Vorwerfbarkeit* der Tat, sondern auch ihre jeweiligen *Tatbegriffe* sind zu unterscheiden.

(1) Tatvergeltung ist der Ausgleich eines Übels mit einem anderen Übel. Insofern muss der Täter ein konkretes Rechtsgut verletzt haben. Ebenso wie im zivilrechtlichen Deliktsrecht ein *Schaden* nur dann ersetzt werden muss, wenn er eingetreten ist, passt der Gedanke der Wiedervergeltung durch Strafe nur dann, wenn ein wirklicher Schaden eingetreten ist. Der fehlgeschlagene Versuch lässt sich nicht auf gleicher Ebene widervergelten. Er erlaubt nur eine Gegendrohung, aber keine Übelzufügung. Die Tat in diesem Sinne schließt deshalb den *Erfolg* mit ein.

Das bedeutet, dass der große Bereich der Gefährdungsdelikte einschließlich der Versuchsstrafbarkeit nicht direkt auf den schlichten Vergeltungsgedanken zurückführbar ist. Dazu bedarf es vielmehr eines Kunstgriffes, der zu einer Schieflage führt. An die Stelle des schadlos gebliebenen konkreten Rechtsgutes ist der erfolgreiche Angriff auf ein abstraktes Rechtsgut, wie „die Eigentumsordnung“, oder aber noch abstrakter die "Erschütterung der Rechtsordnung" insgesamt zu setzen. Ein solcher ideeller Schaden ist dann widersprüchlicher Weise mit einem realen Strafübel auszugleichen.<sup>438</sup>

(2) Der Schuldvorwurf wirft dem Täter dagegen die Entscheidung für die *Handlung*, also nicht die Verursachung des Erfolges vor. Für sein "Handeln" habe der Täter sich frei entschieden. Deshalb ist fahrlässiges Verhalten zumeist nicht und wenn überhaupt sehr viel milder zu bestrafen. Bei vorsätzlicher Tötung beträgt die Mindeststrafe fünf Jahre, bei fahrlässiger ist Geldstrafe möglich (§§ 212, 222 StGB). Aus der Sicht eines reinen Schuldstrafrechts ist der Erfolgseintritt nur die Folge der Tat.<sup>439</sup> Deshalb dürfte es eigentlich die erfolgreiche Tat nicht härter bestrafen als den schlichten Versuch (vgl. aber § 23 StGB). Wenn das Schuldstrafrecht dem Täter seine Entscheidung für das

---

<sup>438</sup> Zur "Negation der Negation" als ähnlicher, Hegel zugeschriebener These und zu einem entsprechenden Ansatz von Jakobs, Strafrecht AT, 1991, 9 ff.

<sup>439</sup> Zum Streit um die Bewertung des Handlungserfolges und die Bedeutung des Handlungsunrechts siehe Roxin, Strafrecht AT I, 2006, § 10 Rn 88-101.



Unrecht und gegen das Recht vorwirft, müsste es jede Versuchshandlung ahnden, eigentlich sogar schon den bloßen geäußerten Entschluss.

Das deutsche Strafrecht vermischt beides. Es ist sowohl Erfolgs-, als auch Handlungsstrafrecht und meint Handlung als in der Regel vorsätzlich-schuldhaftes Tat.

## **V. Sinn und Kritik der gesonderten Strafbemessungsschuld (Tatschuld plus Vorstrafen und Geständnis)**

Von der Schuld als allgemeine Strafbegründung und zugleich als eigentliche Grundlage der Strafzumessung im Sinne des § 46 I Satz StGB ist auf der konkreten Strafzumessung überwechseln und auf die gesonderten Strafbemessungsschuld zu blicken:

Die Strafzumessung regelt das Gesetz mit den Worten.

§ 46 II: „Bei der Zumessung wägt das Gericht die Umstände, die für und gegen den Täter sprechen, gegeneinander ab. Dabei kommen namentlich in Betracht:

die Beweggründe und die Ziele des Täters, besonders auch rassistische, fremdenfeindliche oder sonstige menschenverachtende,

die Gesinnung, die aus der Tat spricht, und der bei der Tat aufgewendete Wille,

das Maß der Pflichtwidrigkeit,

die Art der Ausführung und die verschuldeten Auswirkungen der Tat,

das Vorleben des Täters, seine persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse sowie

sein Verhalten nach der Tat, besonders sein Bemühen, den Schaden wiedergutzumachen, sowie das Bemühen des Täters, einen Ausgleich mit dem Verletzten zu erreichen.“

Danach ist nicht nur auf die Tatschuld abzustellen. Auch das Verhalten *vor und nach* der Tat ist von erheblichem Gewicht. Rechtskräftige und auch verbüßte, zumal einschlägige Vorstrafen führen vor allem zu einer erheblichen Strafschärfung. Ein reuiges und vollständiges Geständnis führt zu einer beachtlichen Strafmilderung.

Das Gesetz erklärt nun aber in § 46 I StGB:

*„Die Schuld des Täters ist Grundlage für die Zumessung der Strafe. Die Wirkungen, die von der Strafe für das künftige Leben des Täters in der Gesellschaft zu erwarten sind, sind zu berücksichtigen.“*

Danach muss jeder der Strafbemessungsgründe, der erheblich ins Gewicht fällt, zumindest *auch* mit der *Schuld* des Täters verbunden sein.

Damit stellen Gesetz und Praxis offenbar die Idee von der Tatschuld in Frage.

So trennen *Achenbach* und die ihm folgenden Autoren folgerichtig zunächst einmal die *Strafbegründungs-* von der *Strafbemessungsschuld*.<sup>440</sup> Die Schuld, die die Strafe rechtfertigt, sei die reine Tatschuld. Es ist dann das verschuldete *Tatunrecht*, die unrechtsbezogene Schuld auf der abstrakten Ebene der gesetzlichen Tatbestände. Schuld und sein Gegenstand, das Unrecht, werden zusammengefasst und vom Gericht dann konkretisiert nach Maß und Art.

Von der Strafbegründungsschuld setzt diese Lehre die gesonderte *Strafbemessungsschuld* Sinne des § 46 StGB ab.

Die Praxis findet dagegen den notwendigen Bezug zur Tatschuld über die Indizkonstruktionen.<sup>441</sup> Die Vorstrafen werden bei der Tatschuld (zumindest auch deshalb) miterfasst, weil der Täter sich bei Begehung der Tat die Vortrafen nicht habe zur Warnung dienen lassen. Auch das nachträgliche Geständnis bildet ein Indiz für eine weniger rechtsfeindliche Grundhaltung des Täters, sogar schon bei der Tat. Außerdem sei er offenbar weniger gefährlich, sodass die „Wirkung der Strafe“ geringer ausfallen kann.

Methodisch betrachtet legt die Praxis den Schuldbegriff recht extensiv aus, die Lehre von der gesonderten Strafbegründungsschuld dagegen recht restriktiv.

Wer die Tatschuld zum Hauptmaßstab erhebt, muss diesen Weg gehen. Aber dahinter steht das Problem, dass individuelle Menschen als „Täter“, betrafft werden. Sie sitzen im Vollzug, nicht ihre Taten, so heißt es auch für die Tatmehrheit in § 54 I 3 StGB: „Dabei werden die Person des Täters und die einzelnen Straftaten zusammenfassend gewürdigt“.

---

<sup>440</sup> Vgl. Achenbach, Grundlagen, 1974, u.a. 2 ff.; Jescheck/ Weigend, Strafrecht AT, 1996, 426; Lackner/ Kühl, Strafgesetzbuch, 2014, Vor § 13, Rn 22. Siehe auch: Frisch, Verhältnis, GA 2014, 489 ff. („Über das Verhältnis von Straftatsystem und Strafzumessung – Unrecht und Schuld in der Verbrechenslehre und in der Strafzumessung“).

<sup>441</sup> Meier, Nachtatverhalten, GA 2015, 443 ff., 445 (zur „Indizkonstruktion“), 447 („sowohl Schuld- als auch Präventionsgesichtspunkte“), 449 ff (zum Geständnis).

Der Persönlichkeit des Täters ist bei der konkreten Strafzumessung zu berücksichtigen. Das Gesetz geht ohne Ansehung der Person vor, das Gericht individualisiert, es stellt nunmehr auch auf den einzelnen Menschen als Person und als Rechtssubjekt ab.

Die Lehre von der gesonderten Strafbegründungsschuld begründet das Gesetz, das in der Regel einen weiten Strafraum vorsieht, aber nicht die individuelle Strafe, die den einzelnen Menschen trifft.

Wer dagegen die Dreifaltigkeit von Gesetz, Urteil und Vollzug zwar in ihren Ausrichtungen unterscheidet, aber die Straftheorie dennoch als eine große Einheit betrachten, der muss auch die „Strafbemessungsschuld“ mit einbeziehen.

Allerdings muss es sich bei Vorstrafen und Geständnis nicht zwingend um Schuldenelemente handeln. Diese Auslegung mit den Indizkonstruktionen erscheinen zwar noch als vertretbar, und das kann im Recht ausreichen. Aber man kann sie auch anders deuten.

So wird derjenige, der sein Schwergewicht auf die Generalprävention legt, insbesondere das nachträgliche Geständnis als einen kommunikativen Akt begreifen, der mithilft, Rechtsfrieden zu schaffen. Er ist zudem nicht nur an die Allgemeinheit, sondern auch an die Opferseite gerichtet und hilft bei der Tataufklärung. Die zusätzliche Buße verstärkt dann diese Erklärung und verschafft ihr Ernsthaftigkeit.

Allerdings gilt dies auch für den Täter selbst. Er verantwortet auf diese Weise die Tat zugleich vor sich selbst. Zusammen mit der Strafbüße -mit einem alten Wort- sühnt er seine Tat, und zwar nach innen gerichtet, d. h. er versöhnt sich mit sich selbst, mit seinem Gewissen oder seinem Überich. Denn, so lautet die idealistische Logik, er ist an sich ja auch für die Geltung der strafrechtlichen Verbotsnormen, und zwar, so aus realistischer Sicht, dann jedenfalls, wenn sie ihn selbst schützen. Deshalb wird er auch bei der Tat typischerweise besondere Gründe finden, weshalb das Recht insoweit nicht für ihn gilt. Er setzt aus empirischer Sicht die bekannten Neutralisierungstechniken (*Sykes/Matza*)<sup>442</sup> ein.

---

<sup>442</sup> Sykes/Matza, *Techniken*, 1979, 360 ff., 366 f.: siehe auch Thurmann, *Deviance*, 1984, 291 ff., 292 f. und Maruna/Copes, *Decades*, 2005, 221 ff., 265. Neuere Untersuchungen zu Personen (mit dem Ergebnis: erhöhte „Neutralisationsakzeptanz“ bei Personen mit „normkonträren Verhaltensweisen“) siehe bei: Winkel, *Behavior*, 1997, 65 ff.; zu den Problemen dieser Studie: Fritzsche, *Entschuldigen*, 2003, 19, sowie: Ball/Lilly, *delinquency*, 1971, 69 ff.. Vgl. auch Neubacher, *Kriminologie*, 2017, 8, 17.

Die Vorstrafen dagegen sind für diejenigen ein gutes Argument, die vorrangig auf Individualprävention und somit auf die Gefährlichkeit des Täters abstellen. Bei schweren Delikten bildet die Endstufe nicht die hohe Strafe, sondern die Sicherungsverwahrung. Das Fehlen von einschlägigen Vorstrafen führt dann folgerichtig dazu, auf vollstreckte Freiheitsstrafe, soweit möglich und wie es seit Jahrzehnten humane deutsche Rechtspraxis ist, zu verzichten. Denn der Strafvollzug neutralisiert meist eher, als dass er resozialisiert. Das Belassen im sozialen Umfeld und Geldstrafen oder Bewährungsurteile mit Auflagen und Weisungen erweisen sich als weit effektiver.

*Fazit:* Einerseits waren die Vorzüge des Schuldprinzips darzustellen. Es erlaubt die *verfassungskonforme Milderung* der strengen Gerechtigkeit.

Andererseits zeigt sich, dass der Begriff der Tatschuld etwas aufzuweichen ist, wenn wir den Täter als würdige und autonomen Menschen in den Mittelpunkt der Strafe stellen. Gesetz und Praxis der konkreten Strafbemessung belegen die Bedeutung der weiten „Strafzumessungsschuld“ und dass wir mit der außerordentlichen Gewichtung von *Vorstrafen* und *Geständnis* über die Tatschuld hinausgehen. Der Täter und seine *Einstellung zum Recht* rücken in den Mittelpunkt.

## 11. Kapitel

### Thesen: Individuelle Schuld und gerechter Ausgleich II

#### I. Strafen als Gerade-Richten, Ausgliederung des Bußgeldes; Kritik des Vergeltungsgedankens und Ergänzung durch mildernde Humanität

*Strafen als Gerade-Richten:* Wie aber dient, so ist nachzufragen, das Strafen dem Gerade-Richten von etwas Krummem. Reicht nicht der Schadensersatz? Bildet als das Strafen vielleicht nur einen Ersatz dafür, dass kein Schadensersatz Aussicht auf Erfolg verspricht und dass auch der Täter-Opfer-Ausgleich nicht in Betracht kommt?

Diese Erwägungen spielen eine Rolle, aber aus der Sicht des deutschen Strafrechts nur eine die Strafzumessungsschuld *mildernde Rolle*; sie ist auch mit dem Geständnis verbunden. Der völlige Umstieg auf solche zivilen Arten der Wiedergutmachung, den der *Abolitionismus* verstärkt fordert, reicht offenbar allein nicht aus.

Ein reines Täter-Opfer-Modell versagt ohnehin bei Tötungsdelikten und bei Taten gegen Gemeinschaftswerte. Auch herrscht dann die Opfersicht vor. Insgesamt aber gibt es zumindest vier große Blickwinkel, den einzelnen aktiven (Ich-Person), den Anderen, als aktiven Menschen (Du-Person), bei Wiedergutmachung die ursprüngliche Opferseite und die lebendige Allgemeinheit (Wir-Sicht). Hinzu tritt die Negation und die Verobjektivierung (von einzelnen Menschen) oder Menschengruppen als Es und als passive Personenrolle.

Die Gründe, die *Kant*<sup>443</sup> und *Hegel*<sup>444</sup> anbieten, um die Gerechtigkeit der Strafe mit einem gleichen im Sinne von *gleichwertigen*<sup>445</sup> oder proportionalen Übel zu erklären, waren oben schon darzustellen.

Hier ist ein anderer Weg einzuschlagen. Die Tat des Täters ist die Seine und er haftet für das Seine.

---

<sup>443</sup> Kant, Grundlegung, 1785, AA, 455. „das widerfahre, was seine Taten wert sind und die Blutschuld nicht auf dem Volke haftet, das auf diese Bestrafung nicht gedrungen hat; weil es als Teilnehmer an dieser öffentlichen Verletzung der Gerechtigkeit betrachtet werden kann“

<sup>444</sup> Hegel, Grundlinien (Hoffmeister), 1820/1995, § 193., („dass das allgemeine Gefühl der Völker und Individuen bei den Verbrechen ist und gewesen ist, dass es Strafe verdiene und dem Verbrecher geschehen solle, wie er getan hat“).

<sup>445</sup> So schon Aristoteles, Nikomachische Ethik (Dirlmeier), 1999, 1132b

Die Tat aber kann nicht beseitigt werden, auch nicht durch die zivile Wiedergutmachung, wenn sie denn möglich und vom Täter und Opfer überhaupt gewollt und erfolgreich betrieben wird. Die Tat hat der Täter getan und er weiß um sie. Dies ist aus der Täter-Ich-Sicht, die das Schuldprinzip vorrangig verfolgt, maßgeblich. Sie verändert zudem in der Regel auch die reale Welt oder wirkt zumindest in der sozialen Welt. Sie zeitigt dort ihre Unrechtsfolgen.

Da die Tat im Tatenbuch des Lebens im Selbst des Menschen aber nicht mehr vollständig gelöscht oder überschrieben werden kann, stellt die Strafe ihr eine *Reaktion* an die Seite. Actio und Reactio sind dann dort als dialektische Paarung zu lesen. Damit geht ein Prozess einher, der die Verbindung von Tat und Strafe festschreibt. Auf diese Weise richtet die höchstpersönliche Strafe das Krumme der Ausgangstat.

Der Prozess besteht in einem Dreisprung:

- die krumme Tat, die noch einmal im Erkenntnisverfahren in die Gegenwart geholt und dort öffentlich ausgeformt wird,
- deren Gerade-Richten im Urteil und im Vollzug und
- das Gerichtet-Sein nach der Verbüßung.

Insofern erweist sich für den Täter am Ende alles drei als „das Seine“.

Dafür muss die echte Strafe auch eine höchstpersönliche sein, Geldstrafen können auch andere entrichten.

Heute können wir die Strafe im Lichte der Freiheitsrechte und der Freiheitsstrafe deuten.

Der Täter *erweitert* mit der Tat seinen Freiraum unberechtigter Weise. Er verletzt oder gefährdet zumindest meist konkrete Rechte und Werte *anderer* oder das Sittengesetz, lies: die verfassungsmäßige Ordnung.

Mit einem Mord führt er sich als Herrn über Leben und Tod auf. Dieser angemessenen *totalitären Herrschaftsmacht* und diese Art von Recht des Stärkeren, ich kann es, also darf ich es auch, gilt es ein Faktum *im Bewusstsein* des Täters entgegen zu setzen. Es reichen keine guten Worte. Sie hat der demokratische Gesetzgeber mit dem Strafgesetzbuch schon ebenso gesprochen wie die Strafgerichte mit ihren öffentlichen Urteilen in vergleichbaren Fällen. Das Gerade-Richten muss assoziativ mit der Tat verbunden sein, indem es selbst eine ähnliche Tat darstellt.

Der Tat und dem Täter, der sich als *Herr* aufführt (weil, wie wir verlangen, er über die Tatherrschaft verfügt), und zwar über das Leben, etwa über die Freiheit oder das Eigentum eines anderen oder über die Werte von gesellschaftlichen

Institutionen, dessen Tat wird eine gleichwertige *Verneinung* an die Seite gestellt und dem Täter sein Herrschaftsanspruch grob zurückgeschnitten.

Er wollte Herr über die Freiheit oder gar die Existenz anderer oder von Gemeinschaftswerten sein; zum Ausgleich ist er ihnen unterworfen.

Vor den Freiheitsrechten gab es Körper- und Todesstrafen. Bei vollstreckter Todesstrafe lebt der Täter zwar nicht mehr. Aber seine Tat und der Prozess des Gerade-Richtens der Tat sind noch über den Tod hinaus in der sozialen Welt existent, die diese Beispiel dann nutzt, um auf die Allgemeinheit einzuwirken. Auch hier bleibt immerhin noch die Verbindung von individuelle Tat und der Strafe als kollektive Negationstat.

Diese Art der Strafe ist dann auch aus der Sicht des Täters als „gerecht“ einzustufen, weil er grundsätzlich zur *Vernunft* fähig und sich daraus im Übrigen erst seine Freiheit und die Menschen- und Grundrechte eines Freien ableiten. Diese Fiktion begründet also die Freiheitsrechte wie die Freiheitsstrafe.

Mit der Erklärung der Strafe als gerecht, ist allerdings noch nicht erläutert, dass diese Art der Strafbegründung mithilfe der blinden Gerechtigkeit ausreicht, vor allem, weil sie nicht *human* ist. Auch ist unter anderen nicht gesagt, dass der Strafvollzug geeignet ist, künftigen Rückfall zu verhindern.

Es bleibt aber nach allem die Einsicht, dass die *Begründung* gut mithilfe der Idee der Gerechtigkeit erfolgen kann. *Milderungen* der Strafe sind vor allem mithilfe des Schuldprinzips möglich. Unter anderen kann der Täter-Opfer-Ausgleich die Strafzumessungsschuld noch einmal mildern. Auch dieser Prozess des Gerade-Richtens bilden ist ein (kleiner) *Gegenakt* gegen die Tat. Er ist auch „der Seine“ des Täters.

*Ausgliederung der Geldbußen.* Den einfachen *Bußcharakter* hat der Gesetzgeber aus dem Kernstrafrecht in das Ordnungswidrigkeitenrecht verbannt. Er ist dennoch eng an das Strafrecht angelehnt.

So lautet § 1 OWiG: „Eine Ordnungswidrigkeit ist eine rechtswidrige und vorwerfbare Handlung, die den Tatbestand eines Gesetzes verwirklicht, das die Ahndung mit einer Geldbuße zuläßt.“

Auch handelt es sich mit den Worten des *Bundesverfassungsgerichts* um „eine Sanktion“, mit der „lediglich eine nachdrückliche Pflichtenmahnung bezweckt wird, der die Eingriffsintensität der staatlichen Strafe fehlt“.<sup>446</sup>

---

<sup>446</sup> Beschluss vom 02. Juli 2003 - 2 BvR 273/03; vgl. auch. BVerfG 45, 272 <288 f.

Vereinfacht handelt es sich also um eine *milde Form der Strafe im weiten Sinne*, für die grundsätzlich aber rechtstaatliche Regelungen entsprechend gelten, etwa auch das Gebot: Keine Strafe ohne Gesetz, gem. § 3 OWiG.

Geldbußen vermögen auch zur Einstellung des Strafverfahrens zu führen, § 153a StPO.

Nur Taten, die -auch- mit Freiheitstrafe bedroht sind, bilden den Gegenstand von Schuldspruch und Strafausspruch. Dass die übergroße Mehrheit der Strafen eigentlich auf *Geldstrafe* lauten, ändert daran nichts. Der *sittliche Makel* rückt in den Vordergrund und der Vorwurf eines erheblichen Rechtsbruchs. Kurz, der Schuldspruch ist -auch auf diese Weise- zu einem wesentlichen *Teil der Strafe* geworden.

Der Zusammenhang von Strafe und *Buße* hat sich -auch damit- für die leichte und mittelschwere Kriminalität etwas gelöst. Die Bußen sind von geringerer Art und meinen vor allem Geldbußen.

Auch diese Art der *Ausgliederung* von Sanktionen aus dem Kernstrafrecht ist sinnvoll und sie erweist sich als günstiger für die Betroffenen. Aber auch diese Abspaltung verstärkt wieder die Idee des *Schuldstrafrechts*.

Die Aufgabe der Straftheorie muss es dennoch bleiben, den Blick wenigstens gleichberechtigt vor allem auf den Strafteil zu werfen und zu klären, wie die Verurteilung zur zu vollstreckenden Freiheitstrafe vernünftig zu begründen ist.

Gemeint ist die von uns Strafenden gewollte Verbindung von (vorwerfbarer) Tat und (höchstpersönlicher) Strafe - und auch ihr *Ausgleichscharakter*.

Politisch betrachtet ist zwar einzuräumen, dass das Geraderichten rückwärtsgerichtet und von *konservativer* Art ist, wenn es den alten Zustand so gut es geht wiederherstellen will. Das gilt aber für die gesamte *Rechtsidee*, wenn sie die Gerechtigkeit als ihre ethische Grundlage begreift.

Wer zudem nach einem weiteren *Zweck* der Gerechtigkeit sucht, findet ihn im Konservierungsgedanken der „*Selbst- oder auch Systemerhaltung*“, dem sie dient.

Nach innen gewendet will der Autonome, etwa mit der Bekräftigung der Regeln, sein altes „Selbstbild“, zumindest als einen Teil dieser seiner Lebenswelt, erhalten. Das gilt für den Einzelnen, vor allem als Opfer, aber auch als Täter, der das Prinzip der Kooperation unter seinen Freunden und also auch „als solches“



ständig nutzt, ebenfalls. Auf der sozialen Ebene greift die Idee von der Erhaltung der Rechtstreue den Gedanken der Selbsterhaltung ausdrücklich auf.

Allerdings bildet die *Gleichheit* als Kern der Gerechtigkeit aus politischer Sicht nur, aber immerhin eine von zumindest drei Höchstideen:<sup>447</sup>. Die Gerechtigkeit des Ausgleichens muss also der *Freiheit* und auch der *Solidarität* ihren gleichberechtigten Raum geben und umgekehrt diese auch ihr. Hinzu tritt die kategorische Deckelung durch den Absolutheitsanspruch der Menschenwürdeidee oder auch abgeschwächt der allgemeinen Menschenrechte. Nur, ohne die Idee des Ausgleiches, vereinfachend des Respektierens, kann kein Lebewesen leben und nicht einmal ein Körper der Physik *existieren*.

*Kritik des Vergeltungsgedankens.* Die üblichen Gegenargumente gegen den Vergeltungsgedanken, von denen manche schon berücksichtigt sind, lauten.

(1) Vergelten gilt als grausam und unmenschlich. Es nötigt zur Todesstrafe für den Mord. Selbst wenn Vergeltung gerecht erscheint, vermittelt sie Härte ohne Milde. Die fahrlässige Tötung müsste ebenso wie die vorsätzliche oder der Mord geahndet werden. Nicht umsonst verlangt das moderne Schuldstrafrecht auch, dass „Einzelfallgerechtigkeit“ zu üben ist oder im alten Sinne neben das Recht die Billigkeit zu treten hat („Recht und billig“). Je individueller der einzelne Täter und seine Tat gesehen und vom Gericht gewürdigt werden, desto einfühlsamer und auch zumeist milder fällt das Urteil aus. Mit den Grundgedanken des Schuldprinzips steht der Vergeltungsgedanke seinerseits im Widerspruch. Auch die beiden Elemente des Schuldausgleich führen, weniger beachtet, zu einer Art von Antinomie.

(2) Mit Vergeltung verbinden wir nach dem allgemeinen Sprachgebrauch die *Blutrache*. Blutrache im klassischen Sinne üben die Angehörigen einer Sippe (gens) gegenüber einer anderen. Insofern passt sie nicht recht in ein Binnenstrafrecht. Sie ist eine Art des *intergentialen* Rechts, als kleinem Völkerrecht. Außerdem wirkt sie maßlos, weil sie schon bei, nach heutigen Vorstellungen, geringeren Delikten wie Ehrverletzungen greift. Überdies ist sie von der individuellen Schuld des Einzelnen unabhängig, weil sie zur Fehde, zur ewigen Wiedervergeltung führen kann. Hier genügt es bereits, Mitglied einer Sippe zu sein, um ihr zu unterliegen. Andererseits ist auch die staatliche Strafe nur Folge des staatlichen Gewaltmonopols. Sie ersetzt und verbietet die Selbsthilfe von Einzelnen, also anderen Gruppen, die vom menschlichen Vergeltungs- und Gerechtigkeitsbedürfnis gespeist ist. Insofern erscheint die

---

<sup>447</sup> Vgl. etwa BVerfG 67, 239, 244; 71, 39, 50; 108, 52, 68; Sodan, Grundgesetz, 2015, Art. 3, Rn 9 sowie den gesamten Überblick bei Boysen in Münch/Kunig, Grundgesetz, 2012, , Art. 3, Rn 62 ff („Die Ungleichbehandlung“),

staatliche Strafe mit *Blei* als „*Racheersatz*“.<sup>448</sup> Als solcher kanalisiert sie das Vergeltungsbedürfnis und ist damit aber auch von ihm abhängig. Selbst sinnlose Strafen wären damit noch gleichsam stellvertretend durchzusetzen.

(3) Individualisiert betrachtet ist die Frage zu beantworten, wer zur Vergeltung berechtigt ist. Es handelt sich um ein privates Recht. Aus eigenem Recht kann eigentlich nur der Geschädigte handeln. Kinder, Alte und Schwache bedürften deshalb bereits eines Vertreters. Im Todesfalle müsste dieses Recht bereits vererbt sein. Die Allgemeinheit jedenfalls besitzt kein eigenes Recht. Sie müsste schon sich selbst als verletzt ansehen. Erst die Idee der absoluten oder auch göttlichen Gerechtigkeit, deren Schützerin sie selbst ist, kann ihr dazu verhelfen.

(4) Ein weiterer Einwand ist derjenige der Ewigkeit der Wiedervergeltung. Zwar scheint es so, als meine das Vergelten nur das einmalige Ausgleichen der Wirkung einer Handlung durch eine entsprechende Reaktion. Doch ist auch die Reaktion eine Aktion. Sie kann und wird ihrerseits entweder eine Reaktion oder Frustration auslösen. *Hegel* spricht von einem „Progress ins Unendliche“.<sup>449</sup>

Zumindest wer die Reaktion nicht als berechtigt akzeptiert, wird sie als nicht zu duldenden Angriff verstehen. Vergelten kennt in einem solchen Falle kein Ende. Es gilt die *Maxime* „Wie Du mir, so ich Dir“ auf Dauer fort., es sei denn, eine der Parteien verzichtet barmherzig oder aus Schwäche auf das Wiedervergelten oder eine übergeordnete Macht, am besten zudem ausgerüstet mit einem übergeordneten Recht, nötigt sie dazu.

(5) Die Vergeltung als „Auge um Auge“ ist *wörtlich* genommen ohnehin nur bei wenigen Delikten, wie den Körperverletzungs-, Tötungs- und Sachbeschädigungsdelikten möglich. Insofern spricht viel dafür, dass das biblische Wort von „Auge um Auge, Zahn um Zahn“ schon seit jeher eine *Abstraktion* verlangt, also ein „Übel um Übel“ gemeint hat, bei dem das dem Täter aufzuerlegende Übel nach dem Maß des von ihm begangenen zu bestimmen ist. Wer sich aber von der direkten Vergeltung löst, hat bereits einen Schritt getan, an die Stelle der Vergeltung eines Übels mit einem Übel wahlweise den Ausgleich durch Wiedergutmachungsleistungen zu setzen. Ohne die konkrete Vergeltung verliert das Vergeltungsprinzip, das, was es als „gerecht, weil gleich“ auszeichnet, seine unmittelbar einleuchtende Klarheit.

---

<sup>448</sup> Blei, Strafrecht AT, 1983, § 6 II; von Tabuisierung spricht auch Schmidhäuser, Strafrecht AT, Stb, 1984, 19.

<sup>449</sup> Hegel, Grundlinien (Hoffmeister), 1820/1995, § 102: weil die nichtstaatliche entinstitutionalisierte privaten Strafe, die auf einem besonderen Willen beruhe, sei Rache, die zu einer neuen Verletzung führe.

Für *Kant* war deshalb einsichtig für Mord die Todesstrafe erforderlich; für Diebstahl sah er die gerechte Vergeltung darin, dem Dieb selbst jegliches Eigentum abzuerkennen und ihn zur Finanzierung seiner weiteren Existenzgrundlage zur Zwangsarbeit heranzuziehen<sup>450</sup>. Die Falschaussage müsste dann zum Abschneiden der Zunge führen. Konkrete Gleichheit zu fordern, führt also in die Absurdität symbolisch-bestialischer Aktionen. Abstraktion verlangt aber ihrerseits einen höheren Maßstab. Er ist alsbald zu finden. Bei Freiheitsstrafe als Reaktion musste es also auf der Täterseite um „Freiheitsbeeinträchtigungen“ gehen und Gewalt führt zu Gegengewalt. Bei allen Problemen, die eine einzelne Umsetzung mit sich bringt, erscheint diese Art von Kompensation bei Individualrechtsgütern schlüssig.

Eingriffe in Gemeinschaftswerte lassen sich danach nicht nachvollziehbar „vergeltet“. Sie müssten im Sinne einer personalen Rechtsgutslehre dem Einzelnen und seinen Interessen untergeordnet und zu „Freiheits“-Elementen umgerechnet werden. Jedenfalls aber muss jeder Täter so viel „Freiheiten“ haben, oder zugeschrieben bekommen, wie er mit seinen Taten anderen genommen hat. Nur dann wäre die volle Gerechtigkeit wiederherzustellen. An dieser Schwelle scheitert auch der vergeistigte „Gleich-Wertigkeits“-Ansatz. Hingegen empfahl *Hegel*<sup>451</sup> bereits eine *abstrahierte* Vergeltung: Es ginge nicht um eine „spezifische Gleichheit“, dies sei eine Absurdität, sondern nur um den „Wert als das innere Gleiche“. Damit aber nimmt er der Vergeltung ihre Unmittelbarkeit und Tatbezogenheit.

(6) Mühe bereitet auch (a) die Begründung der Strafbarkeit des bloßen *Versuchs*. Dann muss schon die Idee eines „Gefahrerfolges oder die Vorstellung vom Erfolg des untauglichen Versuchs als Erschütterung der Rechtstreue in den Geltungsanspruch des betroffenen abstrakten Rechtsgutes entwickelt werden. Dasselbe gilt (b) für die Konstruktion von abstrakten, abstrakt-konkreten oder konkreten Gefährdungsdelikten, wie etwa der Falschaussage, der Brandstiftung oder der Straßenverkehrsgefährdung. (c) Ebenso vergeistigt und auf die abstrakte Ebene des gesonderten Normbruchs gehoben erweist sich die gesetzliche Lösung des Problems, dass bei *Mittäterschaft* und Teilnahme mehrere Beteiligte für dieselbe Rechtsgutsverletzung in gleicher Weise wie ein Einzeltäter einzustehen haben. Zivilrechtlich würde der Gesamtschaden nur einmal berechnet werden und bei mehreren Beteiligten zumindest intern ein Ausgleich erfolgen.

(7) Ursprünglich führt das Vergelten zur positiven Restitution, also dem einfachen Schadensersatz. Eigentlich zielt dieser Grundsatz weiterhin auf

---

<sup>450</sup> Kant, Grundlegung, 1785, AA, 454.

<sup>451</sup> Hegel, Grundlinien (Hoffmeister), 1820/1995, § 193 f.

Wiedergutmachung. Erst wenn die Wiedergutmachung wegen der Höchstpersönlichkeit des Schadens ausscheidet oder mangels Vermögens des Täters entfällt, kann überhaupt nur die Vergeltung eines Übels mit einem Übel für die Opferseite zu einem Ausgleich führen. Im Sinne der Spieltheorie nach dem Modell des Tit for Tat oder des zivilrechtlichen „do ut des“ muss der Betrüger, der das Gebotene genommen, aber nicht erwidert hat, seinerseits zuerst geben, um das nachfolgende strafende „Wie du mir, so ich Dir“ zu durchbrechen. Damit leistet er insgesamt gerechnet nur Schadensersatz.

*Replik.* Aus pragmatischer Sicht sind alle Kritikpunkte einzuräumen. Aber dass das Strafen aus der Gerechtigkeitsidee folgt, erweist sich als gegenwärtiger kultureller common sense in der gesamten westlichen Welt und als Teil unserer uralten Ethik. Es beruht zudem nun mehr auf dem Gedanken der Eigenverantwortung. So verweist das *Bundesverfassungsgericht* zwar auf eine besondere deutsche Strafkultur. Sie aber formt das Strafen selbst nur aus und stellt es nicht in Frage.

Die Idee der strengen Gerechtigkeit muss auch nicht allein regieren. So gehörte früh schon zur Gerechtigkeit im Sinne der Widervergeltung (etwa auch christlich des Alten Testaments) die *Barmherzigkeit* (des Neuen Testaments) oder die *Gnadenakte* der absoluten Herrscher hinzu. Auch ist die Gleichheitsidee eingebettet in die Mitte zwischen Freiheit und Solidarität. Egoistische Freiheitsrechte sind vorbeugend zu *schützen* und die Rechtstreue aller Freien ist zu sichern. Andererseits erstreckt sich das empathische Solidaritätsgebot auf die Opferseite und auf die Straftäter. Rache ist ein menschliches Motiv. Deshalb sind zu Recht auch die Opferechte gestärkt worden.

*Fazit:* Wie ist etwas gerade zu richten? Das Strafen als Gerade-Richten oder als Vergeltung oder Tit for Tat war noch einmal zu durchdenken. Das eher zivile Bußgeld war dabei auszugliedern. Auch drängte sich die Standardkritik des Vergeltungsgedankens als zu grausam noch einmal auf und war durch den Gedanken sie mildernde Humanität in die Schranken zu weisen.

Aber die *Hauptbegründung* des Strafens erfolgt über die Idee des Ausgleichens. Es wäre sonst keine Strafe. Gerechtigkeit bildet einen Wert und eine Handlungsmaxime an sich.

## II. **Schuldkritik ohne Willensfreiheitsdilemma: nur höchstpersönliche Sühne als Folge der Schuld, nur Rekonstruktion der individuellen Schuld, Ausblendung fremder Mitverantwortung**

Die Schuldidee hat, wie jede wirkungsmächtige Idee, Kritik auf sich gezogen, sei es von Skeptiker oder zur Verteidigung des Vorranges präventiver Positionen. Jenseits der fundamentalen Zweifel am Nachweise der Willensfreiheit als der Grundlage der Autonomie des Menschen, zählen die folgenden Einwände:

*Nur höchstpersönliche Sühne.* Ein weiteres überzeugendes Argument gegen das Schuldstrafrecht lautet: Einmal unterstellt, der Mensch sei im Willen frei, könne also Schuld auf sich laden, verlange Schuld nicht nach Strafe, sondern nach *Sühne*. Sühne lasse sich aber nur höchstpersönlich durch Schuldverarbeitung vollziehen<sup>452</sup> und nicht durch staatliche Strafe erzwingen<sup>453</sup>. *Zwang ist mit dem Autonomieprinzip unvereinbar.*

Sühne bildet in der Tat einen freiwilligen Akt. Sie führt zur Versöhnung. Versöhnung ist mit dem Opfer und der geschädigten Allgemeinheit anzustreben. Einsicht ist die Voraussetzung. Vielen Opfern geht es auch vorrangig um das Verstehen der Beweg- und Hintergründe der Tat, zu dem ihnen ein umfassendes Geständnis des Täters verhelfen kann. Buße zu tun, ist ein weiterer, nicht aber zwangsläufig der nächste Schritt. Buße kann dann in der freiwilligen Selbstschädigung liegen. Aber staatliche Zwangsbuße ist nicht mit persönlicher Schuldübernahme zu rechtfertigen.

Auch wer mit dem *Bundesverfassungsgericht* meint, mit der staatlichen Strafe werde dem Täter zumindest die Gelegenheit zur Schuldverarbeitung gegeben, wird erkennen, dass nur wenige Strafgefangene diese Gelegenheit nutzen. Faktisch jedenfalls ist Strafe ein *Übel*, weil der Betroffene sie in aller Regel als solches empfindet<sup>454</sup>. Deshalb sieht zum Beispiel das Gesetz vor, die erlittene

---

<sup>452</sup> Gössel, Wesen, 1988, 3 ff., 23 ("sühnende selbstverantwortete Übernahme der Schuld"); aus theologischer Sicht siehe Gründel, Umgang, 423 ff., 432: Theologisch gesehen bedeute Sühne "wesentlich Versöhnung, zunächst Versöhnung des Schuldiggewordenen mit der Gemeinschaft und der Gemeinschaft mit dem Straftäter, dann und vor allem aber auch Versöhnung mit dem, zu dem im letzten alle Schuld als Sünde erscheint: mit Gott. Solche Versöhnung kann weder Verdient, noch erzwungen werden. Sie bleibt geschenkt. Gerade dies ist die zentrale Aussage des christlichen Erlösungsglaubens, dass Gott in Jesus Christus die Menschheit mit sich versöhnt hat". Siehe dazu auch etwa Roxin, Strafrecht AT I, 2006, § 3, Rn 10; Murmann, Grundkurs, 2015, § 8 Rn 27

<sup>453</sup> So nachdrücklich auch der Politologe Weber, H.-M., Abschaffung, 1999, 228 ff.

<sup>454</sup> Aus philosophischer Sicht und zugleich in kantscher Tradition: Höffe, Rechtsprinzipien, 1990, 224, u. Hinw. auf Kant, Kritik r. V., 1781, AA, 37, 27 ff.: Strafe sei ein "Schmerz", also ein Übel (vgl. auch Kant, Metaphysik, 1797, AA, VI, 331).

Untersuchungshaft auf die Freiheitsstrafe anzurechnen (§ 51 StGB) und Schäden, die der Täter bei Begehung der Straftat selbst erlitten hat, unter gewissen Voraussetzungen strafmildernd zu berücksichtigen (§ 60 StGB). Freiheitsentzug, also auch die Freiheitsstrafe, ist nach allgemeiner Ansicht ein belastender Eingriff des Staates in die Rechte seiner Bürger, der deshalb gesetzlicher Regelungen bedarf.

Folgerichtig unterscheidet das deutsche Strafrecht seit einiger Zeit zwischen der Schuldstrafe und dem Täter-Opfer-Ausgleich. Letzterer kann die Strafe zwar mildern (§ 46 a StGB). Er beeinflusst auch die Art und Weise des Strafvollzuges, weil die Einsicht unterstützende Maßnahmen erlaubt. Aber Strafe oder auch nur vollen Strafersatz stellt die angestrebte oder erreichte Versöhnung mit dem Opfer nicht dar. Für schwere Taten bleibt es bei der Schuldstrafe in Form des Freiheitsentzuges.

Im Übrigen ist auch nicht empirisch überprüfbar, zum Beispiel mit psychologisch-psychiatrischen Methoden, ob der Täter die Gelegenheit zur Schuldverarbeitung wirklich genutzt, also seine Tat persönlich gesühnt hat<sup>455</sup>.

*Replik:* Der Gedanke vom Sozialvertrag und die Idee von der Einwilligung in das Risiko, zu einem Strafübel verurteilt zu werden, bietet allerdings einen Ausweg, wie die Autonomieidee geachtet bleiben kann. Sie ist jedoch allen Einwänden ausgesetzt, die gegen die Sozialvertragslehre vorzubringen sind, insbesondere ihre Fiktivität.

*Nur Rekonstruktion der individuellen Schuld.* Ein weiterer Einwand betrifft die Nachweisbarkeit der höchst *individuellen* Schuld eines Menschen. Gerichte oder sonstige Dritte, vorausgesetzt alle Menschen wären grundsätzlich im Willen frei, erweisen sich als unfähig, dem Täter seine *individuelle Schuld* wirklich nachzuweisen. Sie können weder sich, noch die Allgemeinheit im Sinne des § 261 StPO davon überzeugen, dass dieser Täter sich damals „bei Begehung der Tat“ hätte anders entscheiden können (§ 20 StGB).

Richter wählen den Weg, sich in die Lage des Täters „einzufühlen“. Sie fällen ein „stellvertretendes Urteil“. Sie prüfen, wie sich ein „normaler“ Mensch verhalten hätte, vielfach wie sie sich selbst in dieser Lage entschieden hätten. Sie erarbeiten eine *Rekonstruktion*.

*Schmoller* weist zu Recht darauf hin, dass solchen *Maßstabsfiguren* im Vertrags- und im zivilen Deliktsrecht schon frühzeitig, so im römischen Recht und in anderen Rechtsordnungen, feste Funktionen zugeschrieben worden

---

<sup>455</sup> Schüler-Springorum, Resozialisierung, 1982, 503 ff., 508.

sein<sup>456</sup>. Mit dem normalen Täter ist aus methodischer Sicht ein offener „Typus“ an die Stelle einer festen Begrifflichkeit gesetzt.<sup>457</sup>

Derlei Rechtsfiguren stellen seit jeher vorrangig eine Aufforderung des Gesetzgebers an die Gerichte dar, nach Vergleichsfällen zu suchen, mit anderen Worten, für das Einfühlen, wenn schon nicht fest umschreibbare Sachverhalte, so doch *Regelbeispiele* zu entwickeln<sup>458</sup>. Sachverständige, insbesondere Psychiater, werden in Zweifelsfällen als Richtergehilfen tätig. Sie beschreiben Krankheitsbilder und deren Folgen nach den Methoden ihrer Wissenschaft. Sie stellen sie vor den Hintergrund normalen menschlichen Verhaltens und beschreiben eben diesen damit zumindest indirekt.

Einfache Beispiele bilden die Fälle des Affektes<sup>459</sup> oder schwacher Geisteskrankheit, bei denen wir im konkreten Falle zumindest unsicher sind, ob der Täter fremdbestimmt gehandelt hat oder nicht. Allgemein gilt aber auch, dass nicht bestimmbar ist, ob und inwieweit den Täter auch Bedürfnisse motivieren, ob Gier, Wut oder auch schlichter „Ärger“, als Frustration in ganz anderen Bereichen, die ihm den letzten und entscheidenden Anschub verliehen

---

<sup>456</sup> Schmoller, Argumentation, öJBL 1990, 631 ff., 632, verweist für den angloamerikanischen Bereich auf die Vergleichsperson des „reasonable man“ und dazu auf Lucas, Philosophy, PhQu Vol. 13, 1963, 79 ff.; außerdem habe auch der Österreichische Oberste Gerichtshof zum Beispiel bei einer Abgrenzung zwischen Mord gem. § 75 ÖStGB und Totschlag gem. § 76 ÖStGB für die Frage, ob eine heftige Gemütsbewegung „allgemein begreiflich“ ist (vgl. auch § 213 StGB), darauf abgestellt, „ob auch ein durchschnittlich rechtstreuer Schwachsinniger einem derartigen Affekt unterliegen würde“ (ÖOGH öJBL 1988, 330); vgl. auch ÖOGH RZ 1987, 38 („gewissenhafter und einsichtiger Radrennfahrer“).

Vgl. Jescheck/Weigend, Strafrecht AT, 1996, 409 f.: Abzustellen sei auf einen „maßstabsgerechten, mit den rechtlich geschützten Werten verbundenen Menschen“, er sei nach Lebensalter, Geschlecht, Beruf etc. dem Täter gleich zu denken; u. Hinw. auf das Österreichische Recht (§§ 10 I, 32 II ÖStGB und OGH SS 29, 83, 263).

Kritisch dagegen Hassemer, Alternativen, 1983, 89 ff., 91, der den „maßstabgerechten Menschen“ für den Bereich der Schuldbeurteilung als „homunculus“ bezeichnet. Schünemann, Tendenzen, JA 1975, 575 ff., 577, spricht den Maßstabsfiguren immerhin eine „beschränkte Bedeutung“ zu.

Vgl. im Übrigen auch die Nachweise bei Loos, Grenzen, 1980, 261 ff., 271 ff.

<sup>457</sup> Schmoller, Argumentation, öJBL 1990, 631 ff., 636; Bydlinski, System, 1986.; Larenz, Methodenlehre, 1972, 461 ff.; Engisch, Idee, 1968, 237 ff.; Kaufmann, Arthur, Analogie, 1982, 47 ff.; Kuhlen, Typuskonzeptionen, 1977; Leenen, Typus, 1971, insbes. 34 ff.; Zippelius, Verwendung, 1996, 224 ff.; siehe dazu auch Schmoller, Bedeutung, 1988, 65 ff.

Zum „Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden“ siehe Teubner, Standards, 1971, u.a. 19 ff.

Aus dem sozialwissenschaftlichen Blickwinkel als Analyse pseudoempirischer und pseudonormativer Leerformeln siehe Topitsch, Probleme, 1980, 15 ff., 24 ff.

<sup>458</sup> Vgl. Schmoller, Argumentation, öJBL 1990, 631 ff., 636 f.; sowie Schlüchter, Mittlerfunktionen, 1986, insbes. 129 ff. (mit Blick auf das anglo-amerikanische „case law“).

<sup>459</sup> Vgl. Krümpelmann, Beurteilung, 1993, 18 ff.; sowie Rauch, Schuldfähigkeit, 1993, 200 ff., 200 ff.

haben, nun doch seine Hemmungen zu beseitigen. Dann ist für den konkreten Fall zu entscheiden, ob er in jenem Augenblick wirklich schuldfähig war. Der Satz „Im Zweifel für den Angeklagten“ hilft für den Einzelfall, aber nicht für die Grundfrage, ob Menschen die Schuldfähigkeit eines Menschen, deren grundsätzliches Bestehen einmal unterstellt, überhaupt ermitteln können. Ständig angewendet führte dieser Satz im Übrigen zum Leerlaufen der Schuldstrafe.

Wer als Tatrichter ein solches „stellvertretendes Urteil“ abgibt, setzt seine Vorstellungen an die Stelle der höchstpersönlichen des Angeklagten. Der volle Nachweis der persönlichen Schuld im Augenblick der Tat ist damit nicht zu erbringen. Die Tat-Schuld-Strafe wandelt sich zur Tat-Schuldvermutungs-Strafe

Eine *Replik* lautet, jedenfalls im Falle eines *Geständnisses* stünde doch ein authentisches Beweismittel für die persönliche Schuld zur Verfügung. Aber auch dieser Idealfall einer Beweislage ist zu überprüfen.

Dazu ist zunächst auf *Grasnick*<sup>460</sup> zu verweisen. Er hat die philosophische Literatur zur „Erkennbarkeit vom Fremdseelischen“ aufgearbeitet und sie auf diesen einfachsten Fall des Nachweises der Schuld übertragen. Er fragt, ob der geständige Angeklagte wenigstens einen „privilegierten“ Zugang zu seinem Innenleben habe. Mit Hinweis auf die Untersuchungen von *Peirce*, *Ryle*, *Hare*, *Tugendhat* und anderer verneint *Grasnick* diese Frage<sup>461</sup>. Mit *Wittgenstein*<sup>462</sup> sei darauf hinzuweisen, dass niemand eine Privatsprache besitze, es gebe nur eine öffentliche Sprache. Mit ihr aber ließen sich innerseelische Vorgänge nicht zureichend beschreiben. Auszudiskutieren ist diese These hier jedoch nicht.

Geständnisse bieten unzweifelhaft zumindest stets nur eine nachträgliche Sicht. Schon deshalb sind sie durch die nachfolgenden Erlebnisse und vielfach auch die eigene Auseinandersetzung mit der Tat verfärbt. Zumeist sind die Erinnerungen des Täters beeinflusst von der drohenden Strafe. Falls es sich um ein ehrliches Eingeständnis handelt, ist es eingefärbt von der eigenen Scham und dem persönlichen Schuldgefühl, die beide entweder bei Annahme der Willensfreiheit autonom entstehen oder aber bei einer deterministischen Sicht als von außen auferlegt vom Menschen dementsprechend verinnerlicht werden.

Jede persönliche Erinnerung muss schon deshalb der individuellen Verformung entkleidet werden. Die Probleme der Zeugenaussagen treten verstärkt beim Täter auf. Von außen vermag er seine Tat nicht zu sehen. Er kann die Sicht der

---

<sup>460</sup> Grasnick, Schuld, 1987, 73 ff.

<sup>461</sup> Grasnick, Schuld, 1987, 5 ff.

<sup>462</sup> Grasnick, Schuld, 1987, 87 ff.



anderen also nur eine Verfremdung erreichen. Auch die autonomen oder auch heteronomen Motive, die ihn bei Begehung der Tat beeinflusst haben, muss er rekonstruieren. Bei schweren Gewaltdelikten hat er eine hohe emotionale *Gewalthemmung* zu überwinden. Kann er sich erinnern, wird er seine Lage vielfach nicht hinreichend mit Worten umschreiben können. Es sind die Worte des Gerichts.

Die Feststellung des Gerichts lautet also, der Täter habe sich wie die Maßstabsfigur verhalten, die das Gericht als Repräsentant der Allgemeinheit an ihn für seine damalige Lage anlegt.

*Ungerechte Ausblendung von fremder Mitverantwortung.* Insbesondere die Schuldstrafe, aber nicht nur sie, geht vom Ideal aus, dass es die alleinige Verantwortung eines Menschen gibt. Die eine Tat ist allein die seine. Damit wird die Tat im Sinne des gesetzlichen Tatbestandes aus jeglichem *sozialen* und *realen Kontext* gerissen und hoch vereinfacht.

Im Strafverfahren wird der Kontext dann zwar mit ermittelt, aber er spielt nur, aber immerhin gelegentlich, bei der Strafbemessung eine gewisse Rolle. Für die Person des Täters werden Kindheit, Ausbildung, Beruf und soziales Umfeld angesprochen. Mit den Standardfragen zur Person will das Prozessrecht, den Menschen individualisieren und auch den Gerichten geht es nur in Sonderfällen darum, nach fremder Mitverantwortung zu fragen. Bezüglich der Tat wird ebenso die Situation mit beleuchtet, insbesondere nach einer Provokation seitens des Opfers, vgl. § 213 StGB gefragt, oder auch fehlende Schutzvorrichtungen gerügt, die es dem Täter leicht gemacht, also von ihm keine erhöhte kriminelle Energie abverlangt hätten.

In der Regel findet zudem keine Straftat statt, auf die die „Nächsten“ des Täters nicht hätten einwirken können oder umgekehrt auch rückblickend eingewirkt haben. Kausal für die konkrete Tat sind immer viele Person gewesen. Dies ist auch die Grundidee der Lehre von der *objektiven Zurechenbarkeit*, auch wenn sie nur mit Blick auf die Strafbarkeit des Täters ihre Filter einsetzt.

Die Mitverantwortung der Nächsten ist unterhalb der Strafbarkeit und wäre nur über Fahrlässigkeitsdelikte, die es vernünftiger Weise nicht gibt, konkret zu ermitteln, aber es stellt sich die Frage nach *fremder Mitverantwortung*.

Wenig beachtet ist zudem der Umstand, dass das demokratische Strafrecht seit langem, und damit wir alle, mit gesetzlichen *bestimmten Delikten rechnen*. Anderenfalls gäbe es die Gesetzbücher nicht. Straftaten nicht nur vermeiden, sondern auch tatsächlich begehen zu können, so erklären wir, gehört zur Freiheit des Menschen. Wenn und weil wir mit anderen Menschen zusammenleben, so

gehen wir alle das Risiko ein, als Einzelne oder als Teil der Allgemeinheit, eine Opfer einer Straftat zu werden. Fast alle von uns haben schon Ordnungswidrigkeiten begangen, etliche schon Delikten wie Beleidigung, Körperverletzungen, oder Nötigungen, manche auch Steuerhinterziehung oder kleine Diebstähle. Unser gesamtes Rechtssystem ist auf Unrecht und Streit aufgebaut.

Weshalb ist dann aber der Einzelne plötzlich allein für seine Tat verantwortlich und sein Verhalten nicht eines, das wir grundsätzlich schon in unser Leben mit einrechnen (müssen)? *Willigen wir in dieses Risiko als Einzelne oder zumindest als Allgemeinheit nicht auch ein?*

Meines Erachtens sollten wir, die wir auf die Freiheit setzen, diesen Gedanken aus dem liberalen Urgrund der Idee vom *Gesellschaftsvertrag* akzeptieren und beim Finden der gerechten *Strafe mitberücksichtigen*.

Die Folgerung lautet, die strenge Gerechtigkeit der *Wechselseitigkeit* von Tat und Strafe erweist sich innerhalb von Gesellschaften als viel zu eng. *Gerecht ist, dass wir die latente Gefahr mit einrechnen*. So werde im Geschäftsleben, dem eigentlich Kernfall der Tauschgerechtigkeit, Kredite auch nur gegen Sicherheiten ausgegeben oder Zug-um-Zug-Leistungen vereinbart.

*Replik:* Dann aber erweist sich das gegenwärtige deutsche Strafsystem, das das *Bundesverfassungsgericht* über die Menschenwürde abdeckelt, auch insofern als *human*, weil es auf den Menschen und *seine Gesellschaften* bezogen als *systemgerecht* erscheint. Dasselbe Ergebnis ergibt sich auch auf dem Wege, dass man sich in den Täter einfühlt und ihn als Mitmenschen (Nächsten oder Bruder im Sinne der Brüderlichkeit, besser: der Solidarität) sieht.

Außerdem straft eine Bürgergesellschaft, die eines ihrer Mitglieder straft, die also ein Nächsten- und kein Feindstrafrecht betreibt, immer zugleich auch sich selbst. Auch trifft die Strafe seine Familie und Freunde mit. Auch deshalb ist es nur konsequent, wenn eine solche Gesellschaft absieht, die strengen Gerechtigkeit der Wechselseitigkeit gegenüber dem Täter umzusetzen und auch auf diese Weise ihre strafmildernd wirkende soziale Mitverantwortung zu leugnen, und wenn sie stattdessen auch dem Mörder den Weg eröffnet, „je wieder der Freiheit teilhaftig“<sup>463</sup> zu werden. Ihre Selbstbestrafung besteht darin, die gesamtgesellschaftlichen Kosten zu tragen. In einer Gesamtbetrachtung erscheint es vielleicht sogar nur „streng gerecht“, wenn Gesellschaft wegen ihrer Mitverantwortung die vergeltende Strafe gegenüber den Täter erheblich abmildert.

---

<sup>463</sup> BVerfG 45, 187 (aus dem Leitsatz).

*Fazit:* Kritikpunkte lauten, nur die eigene Sühne sei die Folge der Schuld, nicht die Strafen, höchstpersönliche Schuld sei gerichtlich nicht nachzuweisen, es handele sich nur um die Rekonstruktion der individuellen Schuld und es er folge eine Ausblendung fremder Mitverantwortung.

Sie erweisen sich einerseits als einsichtig, aber mit Blick auf die möglichen Antworten im Ergebnis nicht als geeignet, diese Schuldidee zu erschüttern.

### **III. Weitere Gerechtigkeitskritik: unzulässige Metaphysik, bloße blinde Reaktion, gleich dem Täter, hohes Dunkelfeld und selektives Strafen**

Auch die große Gerechtigkeitsidee ist weiteren Einwänden ausgesetzt. Diese lassen sich ebenfalls in einem Diskurs mit Kritik und Replik erörtern:

*Gerechtigkeitskritik- eine Metaphysik.* Gegen die Vergeltung als Art der Gerechtigkeitsidee ist einzuwenden, dass sie sich auf eine metaphysische Idee ganz im Sinne *Kants* stützt. Dazu sei, meint *Roxin* „der Staat als eine menschliche Einrichtung weder fähig noch berechtigt“. Ebenso rügte auch schon der Empiriker v. *Liszt* „*Metaphysische Spekulation, mag sie sich auch im Gewand einer der beliebten „absoluten Straftheorien“ kleiden, hat mit der Wissenschaft und daher auch mit der Strafrechtswissenschaft nichts zu thun*“.<sup>464</sup>

*Frisch*<sup>465</sup> kritisiert den Rückgriff auf die absoluten Straftheorien von *Kant* und *Hegel* ähnlich und mit der Trennung von *Philosophie* und *Recht*, ohne sich allerdings mit der Rechtsethik allgemein oder auch der Ethik der Verfassung zu beschäftigen: Es werde in den strafrechtlichen Lehrbüchern „in einer Art *philosophischem* Diskurs ein irreales Bild *rechtlicher* Straftheorien vermittelt. Irreal deshalb, weil eine Reihe dieser gebetsmühlenartig wiedergegebenen Straftheorien längst mit Rechtsinhalten unvereinbar ist, von denen abzuweichen niemand mehr ernsthaft bereit ist“.

Und er erklärt „Der Kreis der „toten“ Theorien beginnt mit der Vergeltungstheorie“. Er meint, „sachlich schrumpft der Kreis der noch ernsthaft vertretenen Theorien auf solche zusammen, die etwas mit Prävention zu tun haben“. Er betont die „Notwendigkeit der Strafe, um einen bestimmten Zustand des Rechts zu gewährleisten“, als die „geltungsbestätigende Strafe“.

---

<sup>464</sup> Liszt, Aufgaben, 1905, 297.

<sup>465</sup> Frisch, Strafe, GA, 2015, 64 ff., 69 ff.

Der Schuldausgleich sei, so führt er folgerichtig aus, mit dem *Bundesgerichtshof*<sup>466</sup> (in einer allerdings wohl vereinzelt gebliebenen Entscheidung) nur statthaft, wenn er auch zum Zwecke der Prävention unerlässlich sei. Denn „Bestrafung des Täters ist... legitim, weil dieser damit nur zur Abwendung einer nur von ihm selbst durch seine Infragestellung der Rechtsgeltung (schuldhaft) verursachten Gefahr der Normerosion mit dem in Anspruch genommen wird, was dafür notwendig und angemessen erscheint und vorher angekündigt worden ist“.<sup>467</sup>

*Replik aus der Sicht der Vereinigungstheorie.* In der Tat handelt es sich beim Rückgriffs auf die Idee der Gerechtigkeit um eine *dogmatische Letztbegründung*. Deshalb spricht man auch zu Recht von einer *absoluten* Straftheorie. Als Letztbegründung unterliegt sie aus wissenschaftstheoretischer Sicht dem *Münchhausentrilemma* und die Idee des Substantziellen (Zugrundliegenden), das selbst nicht mehr zu begründen ist. Dieses Problem kennen wir also ohnehin bei jeder Art von letzter Begründung.

Dass *Liszt* diese Ansicht vertritt, passt zu seinem empirischen Wissenschaftsverständnis, das in der Sache der Nutzenlehre des angloamerikanischen Utilitarismus (Bentham, Mill) entspricht, aber auch auf den Nutzen für das Gemeinwohl achteten. *Liszt* kannte noch keine Verfassungsnorm, wie den Art. 1 GG. Doch wollte auch er das Strafgesetzbuch als „magna carta“ sehen und forderte damit einen starken Rechtsschutz für den Bürger ein. Für ihn und seine Zeit war das Gerechtigkeitsdenken mit inhumanen harten Freiheitsstrafen verbunden. Seinem empirischen Denken vom Nutzen der Freiheitsstrafe her haben wir viele Fortschritte zu verdanken: die lange Entwicklung des Rückzugs von der Freiheitsstrafe, die Ideen der Aussetzung zur Bewährung und den Resozialisierungsaspekt. Diese Vorstellungen können wir heute zugleich mit dem Gedanken des Nächstenstrafrechts verbinden.

*Murmann* antwortet zudem und aus heutiger Sicht zutreffend: „*Gerechtigkeit ist keine Esoterik, sondern ein diesseitiger Anspruch an das Recht als geistige Ordnung*“.<sup>468</sup> Die Idee der Gerechtigkeit, so ist aus der Sicht des Rechts zu ergänzen, bildet auch aus der Sicht des *Bundesverfassungsgerichts* eine Rechtsidee, die im Rechtsstaatsprinzip verankert ist. Das Schuldprinzip nimmt zudem Verfassungsrang ein, Art. 1 I, 2 I, 20 III GG.

---

<sup>466</sup> BGH 24, 132 134

<sup>467</sup> Frisch, Strafe, GA, 2015, 64 ff. , 78

<sup>468</sup> Murmann, Grundkurs, 2015, § 8 Rn 26. Vgl auch BVerfG 45, 187 ff, 253 ff, noch einmal zitiert: ("Was schließlich die Strafzwecke des Schuldausgleichs und der Sühne betrifft, so entspricht es dem bestehenden System der Strafsanktionen, daß der Mord wegen seines extremen Unrechts- und Schuldgehalts auch mit einer außergewöhnlich hohen Strafe geahndet wird. Diese Strafe steht ferner mit der allgemeinen Gerechtigkeitserwartung im Einklang.")

Man müsste schon erklären und auch überzeugend *nachweisen* können, dass es aus *wissenschaftlicher* Sicht keine Willensfreiheit gibt und auf diese Weise auch die Metaphysik, die Rechtsethik und Freiheitsrechte zu Fall bringen.

*Gerechtigkeitskritik: blinde Mechanik.* Auch beruhe die Idee der Gerechtigkeit in der Form der einfachen Wechselseitigkeit auf einer *blinden* Mechanik.

*Replik:* Aber sie hat offenbar auch einen *evolutionären Zweck*. So hat sich über die ökonomische Spieltheorie (Gefangenendilemma, Tit of Tat Strategie, als du es, Ich gebe, damit Du gibst) die Überlegenheit der blinden Wechselseitigkeit herausgearbeitet. Auch die empirische Evolutionstheorie verwendet deshalb diesen Ansatz zur Beschreibung der evolutionären Bedeutung der *sozialen Kooperation*, *egoistisch* und auch für die Art.<sup>469</sup>

Dies ist an anderer Stelle ausgeführt worden. Zu den Grenzen der einfachen Wechselseitigkeit nach dem Modell Tit for Tat zählt allerdings, dass die Spieler das Spiel wiederholt spielen können müssen, sie es also überleben und handlungsfähig bleiben müssen. So gilt es für den Tausch und auf dem Markt und insofern für die Geldstrafe. Deshalb kann die Wiedervergeltung bei Tötungen auch nur zwischen *kollektiven Akteuren*, wie Clans, stattfinden. Der Staat kann auch intern mit der Todesstrafe oder der langjährigen Freiheitsstrafe durch seine Mitglieder weiterleben und agieren, nicht aber das Mitglied selbst. Die Strafgerechtigkeit ist also vor allem auf der *Ebene des Staates* oder der Allgemeinheit mit der Wechselseitigkeit sinnvoll zu begründen. Seiner kooperativen Ordnungsstruktur kann sie gut dienen.

Allerdings entkommt auch diese Deutung nicht ganz einer Art von Metaphysik. Danach bilden die Evolution und die höchste kosmologische Systemidee (oder auch die Gesellschaft), der sie dienet, den letztendlichen Sinn und Selbstzweck.

*Kritik:* Neben der individualistischen Tauschgerechtigkeit existiert auch die soziale zuteilende Gerechtigkeit, beide können zusammenfallen, aber auch einander widersprechen.

*Replik:* Das ist richtig. Die strenge wechselseitige Gerechtigkeit passt aus der Sicht des Einzelnen nur für den Bereich der verfügbaren Freiheit, also im Kern für die Geldstrafe.

---

<sup>469</sup> Ausführlicher Montenbruck, Präambel-Humanismus, Zivilreligion I, 2015, 327 ff. (7. Kap. III-V: „Gerechtigkeitsnaturalismus“, 1-3).

Für den Einzelnen bleibt jedenfalls die längere, vollstreckte Freiheitsstrafe vor allem ein Akt der zugeteilten Gerechtigkeit. Auf sie kann der kollektive Akteur, der Staat oder die demokratische Allgemeinheit, die er vertritt, für jenen Einzelfall auch verzichten, aber nicht im Grundsatz.

Das Prinzip der Tausch- und Marktgerechtigkeit „als solches“ ist zwar auch im guten Interesse des Einzelnen. Insofern kennt er den Grundsatz der Widervergeltung.

Auch der Schuldspruch, der den Täter bemakelt, gehört noch zum Erträglichen. Aber jeder Akt der Strafgerechtigkeit, die auf die zu vollstreckende Freiheitsstrafe ausgerichtet ist, stellt ein elementares Interesse oder Rechtsgut der Allgemeinheit dar und ist deshalb insoweit auch vor allem im Rechtsstaatsprinzip des Art. 20 GG verankert.

Allerdings kann man auch anders gewichten und die Gerechtigkeit selbst als zumindest eine höchste Vernunftidee ansehen und auf diese Weise zumindest neben den würdigen individuellen Mensch und die Gemeinschaft des demokratisch Staates stellen. Dann unterwirft sich der Einzelne, Art. 1 I, II und 2 I GG, der Idee der Gerechtigkeit, indem er sich an die Idee von seiner Autonomie zurückbindet, also die Fähigkeit, sich selbst Gesetze geben zu können. Der demokratische Staat unterwirft sich dem Ideal des Rechtsstaates (Art. 20 III GG, vgl. auch Art. 79 III GG). Dabei bildet der Kern des jeweils eigenen Rechts und ohnehin derjenige des allgemeinen Gesetzes, als kantsche Forderung nach Verallgemeinerbarkeit die große Idee von der Gerechtigkeit.

Der staatspolitische Dreiklang von Freiheit (selbstbestimmter Mensch), Gleichheit (vermittelnde Gerechtigkeit) und Solidarität (verstaatlichte Gesellschaft der Freien) stellt alle drei Sichtweisen immerhin auf eine Ebene, wenngleich wir der Freiheit den Vorzug geben und die anderen beiden gemeinsam dazu dienen, die Freiheit des Einzelnen einzuhegen.

„Gleich dem Täter“. Wer ein Übel mit einem anderen vergilt, der begibt sich, so heißt es, auf das Niveau des Täters.

*Replik:* Dies ist in der Tat die Ausgangslage von Aktion und Reaktion. Nur das Recht trennt das Delikt von der Strafe.

Aber der Handelnde hat es in der Hand, diese Reaktion zu vermeiden. Er straft sich nach diesem Modell selbst. Dennoch: Die Todesstrafe trifft den Mörder es ohnehin nicht mehr. Dass das Übel der Strafe ist grundsätzlich von zivilisierter Art. Vor allem die Idee von der fortwährenden Pflicht zur Achtung der Menschenwürde mildert die Reaktion zumindest ab. Legt man das Gewicht auf

die Achtung so wandelt sich diese Menschenrechtsstrafe sogar schon in ein „Aliud“. Denn der Täter hat sein Opfer zusätzlich missachtet und sich als Herr über andere aufgeschwungen, und zwar über die fremden Güter eines einzelnen oder diejenigen der Gemeinschaft. Jedenfalls handelt es sich in Deutschland nicht (mehr) um das gleiche, sondern zumindest um ein „Minus“. So reduziert vor allem das Angebot der bedingten Entlassung die zeitliche Freiheitsstrafe vereinfacht ein Drittel. Die Geldstrafe nimmt zudem den größten Raum ein. Ein wenngleich zivilisiertes Übel aber soll die Strafe sein und bleiben. Denn nur dadurch kann das Krumme gerichtet werden. Und die Strafe ist nur die „ultima ratio“.

*Kritik:* Grob ungerecht erscheint auch das hohe *Dunkelfeld*<sup>470</sup> und der Umstand des *selektiven Strafens* im Bereich der mittleren und leichteren Strafen.

*Replik:* In der Tat, falls alle Delikte bestraft würden, wäre die Welt gerecht, aber vermutlich nicht mehr frei. Recht entsteht erst aus der Erfahrung von Unrecht. Sollen und Sein fallen auseinander. Möglicherweise gäbe dann zumindest keine geplanten Taten mehr. Aber das Bemühen alles Tat ermitteln zu wollen, führt zur Strafverfolgungspflicht, dem *Legalitätsprinzip*, §§ 152 Abs. 2, 160, 163 StPO; § 386 AO. Dass die Ressourcen nicht ausreichen, um zum Beispiel alle Diebstähle auszuermitteln, ist deshalb erträglich, weil die *hartnäckigen Wiederholungs- und Karrieretäter*, für die Freiheitstrafe in Betracht kommt, hoch wahrscheinlich den Ermittlungsorganen dennoch einmal ins Netz gehen werden und sich in diesen Fällen zumeist auch eine Mehrzahl von Taten aufklären lässt.

*Fazit:* Auch die Gerechtigkeitsidee hält stand. Sie darf nur entweder nicht auf die strenge Gerechtigkeit reduziert werden oder sie muss sich mit der Idee der Humanität im Verbund gelesen werden. Sie muss auch die Idee von der Freiheit mit einbeziehen, die sich auch in der legalen Freiheit der Gesetzgeber zeigt.

#### **IV. Wider die These, nur der Tatschuldausgleich erlaube eine abgestufte Strafzumessung: dreifaltiges Verschulden von Taten, von Gefahren, von Erschütterung der Rechtstreue**

Nachfolgend ist der umgekehrte Weg zu beschreiten. Es ist ein mächtiges Argument in Frage zu stellen, das schon lange dazu dienen soll, den Vorzug und Vorrang des Tatschuldprinzips zu begründen, indem seine *Alleinherrschaft* bei der Strafzumessung aufgezeigt werden soll:

---

<sup>470</sup> Streng, Sanktionenrecht, 2012, I, 3 („Das Dunkelfeld der Kriminalität – ein Generaleinwand gegen die Straftheorien?“).

Für die Strafbemessung hat schon *Kant*<sup>471</sup> die Ansicht vertreten, dass nur mit Hilfe des *Wiedervergeltungsrechtes die Qualität und Quantität der Strafe* bestimmt werden könne. *Mayer* meint sogar, das Talionsprinzip werde bei *Kant* nicht des Vergeltungsgedankens wegen eingefügt, sondern allein, weil es das einzige brauchbare Strafzumessungsprinzip sei, das vor richterlicher Willkür schütze<sup>472</sup>. Dem schließt sich zum Beispiel auch *Ebbinghaus*<sup>473</sup> an.

Daraus folgt angeblich, dass nur mithilfe der Angabe des verschuldeten Unrechts überhaupt eine abgestufte Strafbemessung möglich sei.

Wer die *Quantifizierbarkeit* der Strafe will, muss danach also das Schuldprinzip bejahen.

Dem ist auch weiterhin insofern zuzustimmen, als die Tatschuld eine einigermaßen gute Strafzumessung gestattet. Gemeint ist aber offener auch, *nur* Art und Ausmaß, das Gewicht der verschuldeten Beeinträchtigung von *Rechtsgütern erlaubt* eine sinnvolle Strafbemessung. Das Argument der *Exklusivität* ist zu überprüfen und zumindest etwas zu entkräften, sie gilt zwar aus der Sicht des *Schuldstrafrecht*, aber wohl nicht exklusiv.

Bei näherer Betrachtung ist vielmehr die Gegenthese aufzustellen,

- dass die ohnehin vage Schuldidee zumindest erweitert werden kann, weil sie *-auch-* einen offenen und *funktionalen* Begriff darstellt, der ebenfalls für die beiden präventiven Strafbegründungen passt.

So verwenden wir auch schon den sozialen Schuldbegriff, der die Strafzwecke mit in sich aufnimmt, sodass es nur noch um die Frage geht, ob *präventive Schweregrade* zu erkennen sind.

Herkömmlicher Weise nutzen wir zwar den Schuldbegriff im Hinblick auf *Wertverletzungen*. Verschulden aber kann ein Mensch nicht nur Wertverletzungen von unterschiedlicher Schwere.

---

<sup>471</sup> Kant, Grundlegung, 1785, AA, 159 f.; zustimmend auch Flechtheim, Hegel, 1936/1975, 99, worauf Ebert, Talion, 1991, 249 ff., 399 ff., hinweist.

<sup>472</sup> Mayer, H., Kant, 54 ff, 65.

<sup>473</sup> Ebbinghaus, Strafen, 1968, 98 f.



Jeder der drei Ansätze, die die Vereinigungstheorie bündelt, kann mithilfe des Verschuldens einen eigenen, wenngleich ebenfalls<sup>474</sup> nur groben *Maßstab für die Strafzumessung* beinhalten:

(1) Wer Strafen vorrangig zur Gefahrenabwehr im Sinne der Individualprävention betreiben will, wird die Dauer des Freiheitsentzuges vom *Maß der Gefährlichkeit* und vom Zeitbedarf für die Resozialisierung abhängig machen. Bei Vollzugslockerungen bis hin zum Freigang und der bedingten Entlassung nach zwei Dritteln (§ 57 StGB) geht das Strafrecht bereits ebenso zum Teil diesen Weg wie das Jugendstrafrecht, soweit es tatsächlich vom Erziehungsgedanken geprägt ist (vgl. § 17 JGG). Das *Maß der Gefährlichkeit* wird ebenfalls vorrangig durch *die Tat und die Person* bestimmt. Der Täter kennt, wie jeder Bürger in seiner Laiensphäre die Elemente der Vereinigungstheorie und weiß, dass die Strafe auch zur Vorbeugung verhängt wird, um ihn von weiteren Taten abzuhalten und auch davon die Höhe seiner Strafe abhängig ist. Die *Voraussetzungen der Prognose* sind im Wesentlichen, wenn auch nicht ausschließlich, vom Täter zu *verantworten*.

Die Ausrichtung am Maß der Rückfallgefahr des Täters birgt einen ähnlich konkreten Maßstab für die Strafbemessung wie das Schuldprinzip. Bei langfristiger Freiheitsstrafe ist sie dem Schuldprinzip sogar überlegen, weil sie es erlaubt, das Maß der noch bestehenden Gefährdung regelmäßig zu überprüfen und damit auch der Gesetzeslage entspricht (vgl. auch § 57 StGB).

(2) Unter der Vorherrschaft der positiven Generalprävention sind Freiheits- und Geldstrafe vom *Maß der Erschütterung* der Rechtstreue und dem entsprechenden Ausmaß des Bedürfnisses der Allgemeinheit nach Schuldausgleich, nach Unschädlichmachung des Täters oder auch nach Sühne durch Opferung eines unschuldigen Sündenbocks oder ähnlichem abhängig. Wenn die Allgemeinheit gesetzlich verbrieft und repräsentiert durch die Gerichte Schuldausgleich einfordert (§ 46 StGB), so wird sie zumindest an die Grenzen des noch diesem Hauptzweck Dienenden gehen, wenn general- oder auch individualpräventive Gründe es fordern, zum Beispiel bei der Bekämpfung des Drogenhandels oder allgemein Straftaten von ausländischen Banden, ebenso wie sie geneigt ist, grob rücksichtsloses Verhalten im Straßenverkehr der vorgeblich Rechtstreuen und hier selbst solches mit Todesfolge weit milder zu bewerten als etwa die vorsätzliche Körperverletzung mit Todesfolge oder den Raub mit Waffen (vgl. §§ 315c, 222 einerseits und §§ 227, 251 f. StGB andererseits). Auch die Erschütterung der Rechtstreue hat der Täter verschuldet und muss mit Strafe nach dem Maß der Erschütterung rechnen. Sie wird im

---

<sup>474</sup> Zu den Problemen der Spielraumtheorie bei der Bestimmung des Schuldrahmens unter anderem aus empirischer Sicht: Streng, Praktikabilität, 2001, 875 ff., 875 ff.

Übrigen insbesondere auf die Opfersicht ausgerichtet, vom Mitleid, das die Tat auslöst, bestimmt sein, aber sich mit der Zeit auch abbauen und dann in der Regel auf das einfache *Vergelten* hinauslaufen.

(3) Zwar sind die Maßstäbe für die verschuldete Gefährlichkeit und die zu verantwortende Beeinträchtigung der Rechtstreue der Allgemeinheit und die Strafe, die nötig ist, um die Gefahr zu bekämpfen oder den Rechtsfrieden wiederherzustellen, nur im Groben bestimmbar. Aber im *kantschen* Sinne auf die Schwere der vom Täter verschuldeten Rechtsgutsverletzung, einen handfesten Maßstab, stellt das moderne Strafrecht auch nur begrenzt ab. Denn es unterscheidet zusätzlich nach dem Ausmaß der Vorwerfbarkeit und bestraft fahrlässiges Verhalten weit milder und zufällige Verursachung überhaupt nicht. Auch berücksichtigt es bei der Strafzumessung (§ 46 II StGB) und bei den gesetzlichen Strafrahmen die Beweggründe und Ziele des Täters (insbesondere beim Sprung vom Totschlag zum Mord (§ 212 StGB) und zum Beispiel im Verhältnis von Nötigung zu Erpressung (§§ 240, 253 StGB). Die Strafe für den Versuch einschließlich derjenigen für den untauglichen Versuch orientiert sich am „Gefahrerfolg“, also der bloßen Hochrechnung auf einen möglichen Schaden, der bei einem untauglichen Versuch nur in der Vorstellung aller Beteiligten (Täter, Opfer und Allgemeinheit) besteht.<sup>475</sup>

*Kant* selbst hat zwar erklärt, dass das Widervergeltungsrecht (*ius talionis*) nicht nur die Quantität, sondern ebenso die Qualität der Strafe bestimme.<sup>476</sup> Nachdem die Todesstrafe und die Körperstrafen abgeschafft sind, passen aber seine Forderungen nicht mehr in reiner Form zur Bemessung der modernen Einheitsfreiheitsstrafe. Nur im Bereich von Auflagen gem. §§ 56 b StGB, 153a StPO und der Umwandlung von Geldstrafe in bestimmte gemeinnützige Arbeit sowie im Bereich des Täter-Opfer-Ausgleichs gem. § 46 a StGB lassen sich solche Vorstellungen, wenngleich nur begrenzt, verwirklichen.

*Kant* legte also auf das Vergelten des Erfolgs und nicht auf die Umrechnung des Ausmaßes der Vorwerfbarkeit der Rechtsgutverletzung das Hauptgewicht.

Nur wer wie im Zivilrecht alle Arten des Verschuldens gleich bewertete und nur bei Eintritt eines Schadens gleich hohen Ausgleich einforderte sowie Beweggründe und Ziele gänzlich außer Acht ließe, hätte einen konkreteren, wenngleich grausam gerechten Maßstab im Sinne des Satzes Auge um Auge, Zahn um Zahn. Wer ihn um Humanität im Sinne barmherziger Gnade, Milde und Verzeihen oder um die Suche nach individueller Einzelfallgerechtigkeit

---

<sup>475</sup> Zu den Problemen, Schuld in Strafe, also Qualität in Quantität umzurechnen, Montenbruck, Abwägung, 1989, 18 ff, 21 ff.

<sup>476</sup> Kant, Grundlegung, 1785, AA, 452 f.

erweiterte, löste seine Konturen schon wieder auf, und zwar in willkürlicher, letztlich von der Generalprävention beherrschter Weise.

*Fazit:* Am Ende ist vielmehr einzufordern, bei der Bestimmung von Art und Höhe der Sanktion *auch*

(a) die Mit-Verantwortung für die *Gefährlichkeitsprognose* als solche zu bedenken und auch

(b) das Mit-Verschulden der *Erschütterung der Rechtstreue* zu berücksichtigen.

Auf beides kann der Täter auch im *Nachhinein* einwirken, durch die Festigung seiner sozialen Bindungen, durch die freiwillige Wiedergutmachung und durch ein öffentliches glaubwürdiges Geständnis.

Der Sache nach haben Allgemeinheit, Gesetz und Praxis diese Sichtweise mutmaßlich seit dem Bestehen einer persönlichen Strafe mit bedacht. Geboten erscheint nur, den *Begriff des Verschuldens* -auch- offen entsprechend funktional zu verwenden. Er ist nicht streng an die Rechtsgutsverletzung gebunden.

Aber wer den Gedanken vom Schuldausgleich vertritt, für den wiederum drängt es sich auf, die Strafe dennoch vorrangig mithilfe der *Wertverletzung* zu bestimmen und sie dann über die Schuld im engen Sinne zu mildern.

Das Hauptproblem des modernen Schuldstrafrechtes besteht jedoch in der Fiktion (Unterstellung oder gar auch Illusion) des modernen Menschenbildes als Grundlage jeder Art der Schuldstrafe.

## **Fundamentaler Teil**

## 12. Kapitel

### Kernproblem der Schuldstrafe: Nichtnachweisbarkeit der Willensfreiheit

#### I. Grundfragen: Arten der Willensfreiheit, Dilemma der Nichtnachweisbarkeit, Beweislast

Der altbekannte Haupteinwand gegen die These, die Strafe sei in der *Schuld* des Täters gegründet, lautet, jeder Schuldvorwurf setze voraus, dass der Mensch überhaupt zu einem *freien Willen* fähig sei. Nur dann sei ihm als Täter vorzuwerfen, dass er sich in concreto gegen das Recht und für das Unrecht entschieden habe. Aber der entsprechende Nachweis der Willensfreiheit des Menschen, also für den Indeterminismus gegen den Determinismus, habe sich, und zwar nach weit überwiegender Ansicht, bislang nicht erbringen lassen.

Mit diesem Einwand entfällt, gegebenenfalls, die *Tragkraft* der Schuldtheorie zur *Begründung* der Strafe. Wohl jeder Strafrechtslehrer hat zu dieser Frage eine Meinung, und sei es auch nur, dass er sich als Positivist versteht.

*Evidenz*: Das herkömmliche Argument *zugunsten* der Willensfreiheit lautet, jeder Mensch habe die *Erfahrung* im Willen frei zu handeln. So könne er auch nach Belieben seinen Rechten arm heben oder senken.

Das viel genannte Evidenzargument zur Begründung der Freiheit ist aus wissenschaftlicher Sicht allerdings ohne hohe eigene Aussagekraft. Ob es der Evidenz gleich am Rang einer "Erkenntnisinstanz" fehlt,<sup>477</sup> soll offenbleiben. Evidenzen meint das Augenscheinliche und es biete dem Wissenschaftler den ersten Einstieg. So kann da Augenscheinliche uns in Form von *Konsensen* helfen, und zwar

- im sozialen Alltag
- und sie müssen auch in sozialen Notlagen ausreichen.

Aber evident, im Sinne des Augenscheinlichen ist auch, dass die Sonne sich um die Erde dreht und sie wirkt auch zunächst als eine Scheibe.

Treten aber *Zweifel* auf und sind im Dialog *existentielle Fragen* zu beantworten, die zudem regelmäßig auftreten und in einer rationalen Kultur einer *rationalen* Begründung zugeführt werden sollten, reicht Evidenz allein nicht aus. Auch können *soziale* Konsense, nicht die Fragen des *einzelnen* Verurteilten

---

<sup>477</sup> Grasnick, Schuld, 1987, 130 ff.

überzeugende beantworten, weshalb er denn aufgrund eines Schuldstrafrechts bestraft werde, wenn dessen Grundlage aus der vorherrschenden wissenschaftlichen Sicht als unsicher gilt. Diese Aussagen dürfte ihrerseits evident sein.

Anzufügen ist zudem, dass es diejenigen, die sich vielleicht deshalb mit der Evidenz begnügen, weil sie eine geistige Notlage konstatieren, es auf den zweiten Blick als ebenso evident ansehen müssten, dass der Mensch in weiten Bereichen durch *biologische Programme* vorgeprägt ist. Die Freiheit, sich aus ihrem biologischen Rahmen durch den Verzicht auf das Leben zu befreien, nehmen zum Beispiel erfahrungsgemäß nur wenige Menschen tatsächlich wahr. Der Selbsterhaltungstrieb, zu dem auch die Befriedigung aller elementaren Bedürfnisse gehört, ist ein außerordentlich starker.

Evident sind vielmehr die Thesen von der *Nichtbeweisbarkeit* der Willensfreiheit und ebenso auch der Nichtnachweisbarkeit der Fremdbestimmtheit des Menschen.

So sind die Fragen nach der Schuld und der Willensfreiheit näher zu untersuchen:

Das Wort *Schuld* geht zudem auf die germanische Wurzel "Skal" und das indogermanische "Squel" zurück. Sie bedeuteten zunächst einmal nur Differenz, insbesondere im Verhältnis zur Gemeinschaft. Ihr Sinn sei: *Absondern, Abspalten, Zurückbleiben*. Also, könnte man folgern, die Schuld von ihrer sprachlichen Wurzel her eng mit dem verwandt, was die Soziologen wertneutral unter *abweichendem Verhalten* verstehen. Die angeblich individuelle Schuld erfahrung erscheint also weder generell und noch auch für unseren Kulturkreis *nicht als geschichtsfrei*.<sup>478</sup>

Andererseits ist darauf hinzuweisen, dass Worte wie "Verdienst" und "Schuld", "Lob" und "Tadel", "Belohnung" und "Strafe"<sup>479</sup> die Vorstellung voraussetzen, wir könnten andere für ihr Handeln verantwortlich machen. Dem ist hinzuzufügen, dass Schuld zugleich ein Substantiv zu „sollen“ ist.<sup>480</sup>

---

<sup>478</sup> Aus philosophischer Sicht: Oelmüller, Schwierigkeiten, 1983, 9 ff., 14. Zudem: Köhler, Fahrlässigkeit, 1982, 135, 137, u. Hinw. auf die Stichworte "Schuld" und "Verschulden" in Grimm, J. und W., Wörterbuch, 1956, Bd. 9, Sp. 1870 ff; Bd. 12, 1. Abt, Sp. 1171 bis 1178; sowie Trübner, Deutsches Wörterbuch, 1955, Bd. 6, 230 und Bd. 7, 568 f.; sowie Edmaier, Schuld erfahrung, 1975, 162 ff., 162

<sup>479</sup> Dreher, Willensfreiheit, 1987, 396; Wiener, Persönlichkeit, ZfL 27 (1987), 92 ff., 100.

<sup>480</sup> Vgl. Henke, Recht, 1988, 432 u. Hinw. auf Kluge, Wörterbuch, nunmehr Kluge/Seebold, Wörterbuch, 2011, Schuld, Sollen, Schild.

Der Begriff Schuld ist also zumindest nicht zwingend an die Willensfreiheit gebunden.

*Arten der Willensfreiheit.* Auch gilt es die *Willensfreiheit* näher zu beschreiben. Wie bei jedem großen Begriff sind verschiedene Sichtweisen und die dazu gehörigen Unterbegriffe zu unterscheiden:

(1) So ist es möglich, (a) die *innere* Willensfreiheit und (b) die *äußere Handlungsfreiheit* voneinander zu trennen.<sup>481</sup> Beide gehören jedoch über die Freiheit der Entscheidung zu handeln zusammen.<sup>482</sup>

(2) Gemeint ist zudem (a) *negativ* die Willensfreiheit in dem Sinne, dass die den Handlungen zugrundeliegenden Entscheidungen nicht ihrerseits durch Faktoren wie Veranlagungen, Erziehung oder ähnliches bestimmt sind. Der Mensch muss also (b) *positiv selbst*, oder auch autonom, derjenige sein, der den Vorgang initiiert hat.

(3) Ferner sind zwei grundsätzliche Sichtweisen der Willensfreiheit zu trennen, (a) die idealistische, absolute, vernunftorientierte und (b) eine pragmatische triebregulierende.

*Philosophie.* Nach Kant bedeutet Willensfreiheit idealistisch, „...eine Reihe von Begebenheiten ganz von selbst anzufangen“<sup>483</sup>. Mit Schopenhauer wäre ein freier Wille ein solcher, dessen Willensakte „schlechthin und ganz ursprünglich aus ihm selbst hervorgingen, ohne durch vorhergängige Bedingungen nothwendig herbeigeführt, also auch ohne irgend etwas, einer Regel gemäß, bestimmt zu seyn“<sup>484</sup>.

Aber auch Kant sieht, dass die „Antriebe der Natur ... Hindernisse der Pflichtvollziehung im Gemüt des Menschen und (zum Teil mächtig) widerstrebende Kräfte enthalten“<sup>485</sup>. Frei verhalte sich ein Subjekt ohnehin nur, wenn es sein jeweiliges Verhalten zur allgemeinen Handlungsmaxime erhöhe. Das sei im Falle einer Straftat aber kaum vorstellbar. Der Täter agiere im

---

<sup>481</sup> Aus philosophischer Sicht: Pauen, Freiheit, AZP 26 (2001), Heft 1, 23 ff., 25 f. m.w.N.

<sup>482</sup> Merkel, Willensfreiheit, 2014, 39 ff., 16 („Handlungs-/ Entscheidungsfreiheit: das geläufige Verständnis“).

<sup>483</sup> Kant, Kritik r. V., 1781, AA, B 562; wörtlich Pauen, Freiheit, AZP 26 (2001), Heft 1, 23 ff., 27; ebenfalls und zustimmend bei Rath, Rechtfertigungselement, 2002, 440; Haeffner, Anthropologie, 2000, 129 ff. Rn 193 ff.; zudem Wolff, Kausalität, 1965, 57.

<sup>484</sup> Schopenhauer, Preisschrift, 1839/1988, 366; Pauen, Freiheit, AZP 26 (2001), Heft 1, 23 ff., 26. Vgl. auch Rethmann, Nutzen, Rechtstheorie 31 (2000), 113 ff., 118.

<sup>485</sup> Kant, Metaphysik, 1797, AA, VI 509; siehe dazu auch Müller, A., Verhältnis, 1996, 57; Stratenwerth, Anfragen, 1998, 495 ff., 497.

Normalfall also eigentlich unfrei, weil er seinen natürlichen Neigungen und willkürlichen Trieben folge<sup>486</sup>.

*Pauen* fasst die gegenwärtige philosophische Diskussion über das Wesen der Willensfreiheit einsichtig dahingehend zusammen, dass „*Freiheit die Autonomie des Handelnden selbst zumindest gegenüber externen handlungswirksamen Determinanten voraussetzt*“<sup>487</sup>. Oder mit der griechischen Aufklärung und *Aristoteles*:

„*Es ist also lächerlich, wenn man den äußeren Umständen die Schuld gibt und nicht sich selbst, da man so leicht durch solche Reize zur Strecke gebracht wird, und wenn man eine so schöne Tat sich selbst, und ein schimpfliches Versagen dagegen den Lockungen der Lust zu schreibt*“.<sup>488</sup>

Gemeint ist damit das auch im Strafrecht verwendete Modell der *Beherrschung*, einschließlich der Selbstbeherrschung von inneren Antrieben. Diese Sicht birgt allerdings das Dilemma in sich, dass die Unrechtsstat infolge der Nichtbeherrschung der niederen Beweggründe auch bedeuten kann, in concreto fremdbestimmt gehandelt zu haben. Deshalb ist feinsinniger von der „*Beherrschbarkeit*“ im Sinne des „*Anders-Handeln-Könnens*“ zu sprechen<sup>489</sup>.

In diesem Sinne wird zwar zudem (a) die *generelle* Willensfreiheit von (b) der *konkreten Handlungsfreiheit* geschieden. Sie ist von den physischen, psychischen und äußeren Bedingungen, etwa rechtlichen, wirtschaftlichen und politischen Umständen, abhängig<sup>490</sup>. Aber auch wer (c) wie *Rath* auf die Wechselwirkung von allgemeiner Willensfreiheit und besonderer Handlungsfreiheit verweist<sup>491</sup>, analog der Trennung von Fähigkeit und Möglichkeit, muss für das Strafrecht Folgendes in den Blick nehmen: Vorgeworfen wird dem Täter jeweils seine *Handlung*, beziehungsweise die Handlung und der durch sie eingetretene Erfolg. Auch ist das Strafrecht am *Verbot* von Rechtsgutsverletzungen ausgerichtet. Es verbietet deshalb typischerweise Taten. Gebote sind selten. Deshalb zielt es durchweg auf ein bestimmtes *ethisches Nichthandeln*.

---

<sup>486</sup> Dazu: Schild, Strafmaßnahme, 1989, 429 ff., 436.

<sup>487</sup> Pauen, Freiheit, AZP 26 (2001), Heft 1, 23 ff., 28 unter Hinweis auf Chisholm, Freedom, 1982, 24 ff.; Inwagen, Incompatibility, 1982, 46 ff.; Strawson, G., Consciousness, Inquiry 32 (1989), 3ff.; siehe auch Walter, H., Neuropsychologie, 1998, 316 ff.

<sup>488</sup> Aristoteles, Nikomachische Ethik (Dirlmeier), 1999, 1110b; Rethmann, Nutzen, Rechtslehre 31 (2000), 113 ff., 117.

<sup>489</sup> So etwa Tugendhat, Begriff, 1992, 334 ff., 335.

<sup>490</sup> Vgl. Höffe, Lexikon, 2008, „Freiheit“, 76; Haeflner, Anthropologie, 2000, 131 Rn 196, sowie Rath, Rechtfertigungselement, 2002, 441.

<sup>491</sup> Rath, Rechtfertigungselement, 2002, 441 f.



Es genügt also, diese Willensentscheidung *nicht* zu treffen. Ethische Handlungspflichten, die die Idee von der *Autonomie* des Menschen ansonsten bestimmen, blendet das Recht beim zivilen Schadensersatz und mit der öffentlichen Strafe für Rechtsgutsverletzungen aus. Gemeint ist also die „Freiheit von“ und nur selten die eigentlich autonome Wahrnehmung der „Freiheit zu“<sup>492</sup>.

Auch der Vorwurf, der gegenüber dem Täter zu erheben ist, weist im Übrigen feine und ähnlich strukturierte Unterschiede auf. Wer die Willensfreiheit als *absolute* Freiheit begreift, wirft dem Täter vor, sich *aktiv* für eine Unrechtstat entschieden zu haben. Nach dem relativen Modell der Nichtbeherrschung trotz Beherrschbarkeit, trifft den Täter der Vorwurf, sich *nicht gegen* die Tat entschieden zu haben. Absichtlichen Rechtsbruch und „Finalität“ beschreibt der erste Vorwurf, bloße Fahrlässigkeit in Form eines Unterlassens beinhaltet hingegen der zweite.

*Herrschende Meinung.* Insgesamt stellt sich der vorherrschende Meinungsstand in der westlichen Welt in der Weise dar, dass es jedenfalls *anerkannt* ist, dass die Willensfreiheit nicht empirischen nachzuweisen ist. Mit den Worten des Philosophen *Schmitz*, der das deutsche Strafrecht betrachtet und zudem auf die angloamerikanische Literatur zu dieser Frage verweist: „*Ist doch das Problem der Freiheit des Willens von einer Lösung weit entfernt*“<sup>493</sup>.

Auch wenn nachfolgend die wesentlichen Gesichtspunkte, die für und gegen die Willensfreiheit des Menschen sprechen, aufzuzeigen sind und auch wenn am Ende die Vorzüge des westlichen Menschenbildes, die Konstitution der Menschenwürde und der aus ihr folgenden Menschenrechte zumindest die Unterstellung der Autonomie des Menschen erzwingen, ist auf der konsensualen und der kulturellen Ebene dieser vorherrschende Meinungsstand maßgeblich.

*Der Philosoph Pothast* hat in einer umfangreichen *philosophischen* Untersuchung die bekannten Argumente zusammengetragen, die für und gegen den Indeterminismus, beziehungsweise für und gegen den Determinismus sprechen<sup>494</sup>. Sein schlüssig entwickeltes Fazit lautet, *es sei weder nachweisbar,*

---

<sup>492</sup> Zur Trennung dieser beiden Freiheiten, wenn auch ohne diesen Rückschluss auf das Strafrecht Rath, Rechtfertigungselement, 2002, 442 f.

<sup>493</sup> Schmitz, Legitimität, 2001, 22

<sup>494</sup> Pothast, Unzulänglichkeit, 1987, 315 ff.; Pothast, Rechtfertigungselement, 1998, 135 ff., u.a. 146: allenfalls eine „*notdürftige[n] Apologie unter gegebenen Bedingungen*“.

Vgl. Kaufmann, Arthur, Schuld, 1985, 889 ff.; Kaufmann, Arthur, Betrachtungen, Jura 1986, 225 ff.; Mayer-Maly, Gedanken, 1985, 20 ff.; Schünemann, Strafrechtswissenschaft, GA 1986, 293 ff.; Rudolphi, Unrechtsbewusstsein, 1969, 25 ff.; Engisch, Willensfreiheit, 1965, 23 (mit

*dass Menschen im Willen frei, noch dass sie fremdbestimmt sind; „non liquet“* (nichts fließt). Mit den Worten von Röhl: „Niemand kann beweisen, dass das falsch wäre. Aber auch das Gegenteil ist nicht beweisbar“<sup>495</sup>.

*Dualismus.* Der Dualismus löst diese Frage formal mit der Trennung von Metaphysik und Physik, Subjekt und Objekt, Sollen und Sein. Erneut ist auf Kant zu verweisen, dessen Lehre für die These von der Autonomie des Menschen steht: In seinen Ausführungen zur Auflösbarkeit der Antinomie von Freiheit und Naturnotwendigkeit, bei der er empirische Anzeichen für die sinnliche Erscheinungswirklichkeit der Freiheit des Menschen sieht, meint er, es gehe nicht darum, „*die Wirklichkeit der Freiheit zu beweisen*“. Die Vergeblichkeit eines solchen Bemühens liege in der Logik, dass man „mit der Beurteilung freier Handlungen, in Ansehung ihrer Kausalität, nur bis an die intelligible Ursache, nicht aber über dieselbe hinaus komme“<sup>496</sup>. Der Schritt von der Denkmöglichkeit zur Denknotwendigkeit von Freiheit könne vielmehr nur im Rahmen der praktischen Vernunft getan werden. In ihr setzt er dann Freiheit aber als Postulat voraus: „*Als ein vernünftiges, mithin zur intelligiblen Welt gehöriges Wesen kann der Mensch die Kausalität seines eigenen Willens niemals anders als unter der Idee der Freiheit denken; denn Unabhängigkeit von bestimmten Ursachen der Sinnenwelt (dergleichen die Vernunft jederzeit sich selbst beilegen muss) ist Freiheit*“<sup>497</sup>. Wegen dieser Denknotwendigkeit seien wir „*von der Last befreit, die die Theorie drückt*“<sup>498</sup>. Deshalb fällt es folgerichtig der westlichen rationalen Kultur so schwer, mit der Möglichkeit der Fremdbestimmtheit des menschlichen Handelns *rational* umzugehen.

---

der Warnung, dass diese Fragestellung in der Gefahr sei, als sinnlos angesehen zu werden); Stratenwerth, Zukunft, 1971, 17 (Schuldfähigkeit entziehe sich jedem wissenschaftlichen Urteil.); Ellscheid/ Hassemer, Strafe, 1970, 27 ff., 27 f.; Pothast, Unzulänglichkeit, 1987, 315 ff.; Hauptmann, Strafrecht, Rth 15 (1984), 153 ff.

<sup>495</sup> Röhl, Rechtslehre, 1995, 120. Murmann, Grundkurs, 2015, § 8 Rn 26, (Hervorhebungen im Text: „...erfahrungswissenschaftlich *nicht nachweisbar*. Aber auch die gegenteilige Annahme eines Determinismus, also die naturhafte Bestimmung menschlichen Verhaltens, ist nicht beweisbar. Im sozialen Zusammenleben ist die Vorstellung von Freiheit und Verantwortung letztlich unabweisbar.“)

<sup>496</sup> Kant, Kritik r. V., 1781, AA V, 452; Luf, Menschenwürde, 1998, 307 ff., 310 f.

<sup>497</sup> Kant, Grundlegung, 1785, AA, dazu auch: Luf, Menschenwürde, 1998, 307 ff., 311. Aus der Sicht der Philosophie, Seeger, Verantwortung, 2010, 178 (ebenfalls wörtlich herausgestellt, und mit dem Zusatz: „Kants Begründung der Moral in Autonomie, also der Selbstgesetzgebung des Menschen, bildet einen der großen Verdienste Kants. Mit dieser *kopernikanischen Revolution* rührt die Moral nicht mehr aus einer natürlichen Ordnung oder aus dem Willen Gottes, sondern aus dem Subjekt“). Allerdings ist aus heutiger *soziobiologischer* Sicht zu fragen, ob nicht *alle* Lebewesen auch teilautonom sind, weil sie sich (auch) immer *selbst* organisieren.

<sup>498</sup> Dazu auch: Küpper, Strafen, 2003, 53 ff, 70 f.

*Kant* vollzieht den logisch bedenklichen Schritt, die einfache Ebene des Gegenstandes des Denkens mit der Metaebene des Denkenden gleichzusetzen. Diese Sicht drängt zwar eine ganzheitliche Philosophie auf, sie birgt aber die Gefahr, die das Paradoxon anzeigt, das im Satz steckt: „Alle Kreter lügen, sagt ein Kreter“. Anders gewendet fehlt zudem die Nachfrage, ob diese Art der Gebundenheit des Denkens nicht gerade auf einen Determinismus hinweist, der auf einer Meta-Metaebene besteht. Insbesondere *Kants* Thesen zur Begrenztheit der Erkenntnisfähigkeit des Menschen, weisen eigentlich diesen Weg. Er führt in eine Spirale, die im Sinne der Lösungsangebote der Letztbegründungsproblematik am ehesten durch einen ganzheitlichen Ansatz, also eine Mischung aus einem Bekenntnis und zirkelschlüssigen Aussagen zu ertragen ist. Für sie steht die auf der Ebenen des Gegenstandes offene aber auf der Metaebene gottgleich dogmatische Theorie der Wechselbezüglichkeit aller Systeme.

Aus erkenntnistheoretischer Sicht spricht zwar die Idee der strikten Trennung von Sein und Sollen dafür, dass die Willensfreiheit als *Wertung* überhaupt nicht nachweisbar ist. In diesem Falle ist aber (a) auf der empirischen Ebene die Frage zu beantworten, ob der Determinismus auf der Seinsebene begründbar ist oder im Gegenschluss doch das Bekenntnis zur Willensfreiheit eröffnet und (b) ob zumal eine sich zur Rationalität bekennende Weltanschauung zumindest in sich zu begründen ist. (c) Formalistische Erwägungen dürfen nicht zur Verweigerung der Suche nach einsichtigen Gründen führen. Die Heiligkeit der Vorstellung von der Autonomie des Menschen zu konstatieren, genügt zur Begründung der Strafe ihm selbst gegenüber nicht.

*Pragmatische Bedenken.* Die *pragmatische* Deutung der Willensfreiheit als fehlende „*Beherrschbarkeit*“ von niederen Beweggründen hat bereits selbst einen fiktiven Charakter. Dem Straftäter, dem die Würde und damit die Fähigkeit zur Moralität zu unterstellen ist, ist die Selbstbeherrschung offenbar nicht gelungen. Seine Bestrafung beruht aus dieser Sicht im Übrigen auf einem Unterlassungsvorwurf, sich pflichtgemäß verhalten zu haben, und hat zudem, bis auf die Fälle des Überzeugungstäters, einem *Fahrlässigkeitsvorwurf* zum Gegenstand.

Ein weiteres Indiz für die Nichtbeweisbarkeit und auch deren faktische Akzeptanz im Recht bildet die *Vereinigungstheorie* selbst. Dem Dilemma der *Nichtbeweisbarkeit* der Willensfreiheit tragen bei näherem Hinsehen auch die beiden Hauptansätze der Vereinigungstheorie Rechnung. Das Prinzip des Tatschuldausgleichs setzt einerseits den freien Willen voraus. Wer dagegen mit Strafe Taten vorbeugen will, meint andererseits, den Einzelnen oder die Allgemeinheit von außen beeinflussen zu können.

Die Vereinigungstheorie enthält somit eine naheliegende pragmatische, aber widersprüchliche Folgerung aus der Nichtbeweisbarkeit der Willensfreiheit, beziehungsweise der Fremdbestimmtheit. Sie geht sowohl von dem einen als auch von dem anderen aus. Ihre Vertreter bescheiden sich damit der Sache nach mit einem weichen Determinismus, beziehungsweise einem weichen Indeterminismus<sup>499</sup>.

*Zwei Mittelwege.* Der praktische Philosoph *Nida-Rümelin* spricht von der „*Freiheit als naturalistische Unterbestimmtheit von Gründen*“, gemeint sei sie als Freiheit „*in diesem schwachen Sinne der Metaphysik*“.<sup>500</sup>

*Meines Erachtens* bietet es sich an, den *Umfang der Freiheit* des Menschen aus der Sicht der geisteswissenschaftlichen Anthropologie -zumindest- pragmatisch und grob zu verorten:

- *Frei*, so weit als möglich, ist der Mensch im *Denken*,
- *halbfrei* ist er im *Urteilen*,
- und im *Handeln* agiert er *ganzheitlich*, als impulshafte Einheit von Körper, Seele und auch Geist.

Wegen dieser Gemengelange von Motiven, die in ein konkretes *körperliches* Tun auslösen, gibt es vielleicht keine klare Handlungsfreiheit im engen Sinne. Aber der Freie kann vorher *planen* und sein Tun nachher beurteilen, gegebenenfalls korrigieren und für die Zukunft und ähnliche Fälle *lernen*. Er kann sich auch ein eigenes Normengerüst aneignen, das ihn *motiviert*. Auch verfügt er über altruistische Motive, wie die Empathie. Die geplanten Verbrechen bestrafen wir deshalb auch härter als die Affekttaten. Dennoch kann er wohl ein *Veto* einlegen und vom Versuch zurücktreten, § 24 StGB. Diese Deutung eröffnet dann die *Minimalebene* der Freiheit als Teil eines immer noch weitgehend deterministischen Handlungsverständnisses.

Bestand hat deshalb immer noch der berühmte Satz des Strafrechtlers *Kohlrausch*, der eine Folgerung aus der These von der Nichtbeweisbarkeit der Willensfreiheit darstellt: Die Willensfreiheit ist eine *staatsnotwendige Fiktion*<sup>501</sup>.

---

<sup>499</sup> Zur Trennung zwischen weichem und hartem Determinismus siehe Kargl, *Handlung*, 1991, 173 ff. (m.w.N.).

<sup>500</sup> Nida-Rümelin, *Vernunft*, 2012, 9 ff., 25.

<sup>501</sup> Kohlrausch, *Sollen*, 1910, 1 ff., 36.

Roxin, *Schuldprinzip*, 1993, 519 ff., 521, meint, die Willensfreiheit sei nicht nachweisbar, doch hindere uns diese "notwendige Bescheidung" nicht daran, die wechselseitige Zubilligung

Sie gilt, so ist einzuschränken, zumindest für die westlichen Staaten und diejenigen Länder, die sich die allgemeinen Menschenrechte zu eigen machen.

*Beweislast.* Bedeutsam wird somit die an sich nachrangige Frage der *Beweislast*. Dabei gilt im Recht vereinfacht eine zivilrechtliche prozessuale (und damit auch methodische Vorstellung). Jeder, der einen Anspruch (und auch sonst eine jede Idee) durchsetzen will, hier also seinen Strafanspruch geltende machen will, der trägt die Beweislast für die, hier die Strafe begründenden, Umstände. Der Täter muss also nachweislich im Willen frei gewesen sein, wenn die Strafe sich tatsächlich auf die Schuld gründet. Daran fehlt es, wenn generell die Willensfreiheit von Menschen nicht nachzuweisen ist und auch wenn es unmöglich ist, sich in das Innere eines Menschen zu begeben, um zu ermitteln, ob er konkret und bei dieser seiner Tat im Willen frei gehandelt hat, unterstellt es gibt grundsätzlich einen freien Willen.

Die Gründe für den Sachverhalt der generellen und der individuellen Schuldfähigkeit muss der demokratische Staat dem Rechts- (oder dem Vernunft) - Subjekt auf der Gegenseite unterbreiten und sie müssen dem Gericht, das im Namen des Volkes spricht, einleuchten. Dazu kann und wird es Sachverständige hören. Auf dieser Ebene der geistigen Auseinandersetzung befinden wir uns.

In der Demokratie und seit der Aufklärung reicht der Hinweis auf die Souveränität des Herrschers von Gottes Gnaden nicht mehr aus. Der Verzicht auf Strafe oder die mildere Strafe muss zumindest nicht in gleicher Weise begründet werden. Er muss dann nur allgemein gelten und den demokratischen Konsens finden.

Die Beweisebene ist durch die folgenden verschiedenartigen Erwägungen bestimmt:

Während von Verfassungswegen das Bild vom im Willen freien Menschen dem Einzelnen die Grund- und Menschenrechte, also Vorteile, einbringt, dient es im Strafrecht der Begründung der Rechtsnachteile nach vorherrschender Ansicht der Begründung von Schuldspruch und Strafausspruch. Es wird im Strafrecht zu Lasten des Verurteilten fingiert, und zwar nicht einmal offen. Denn es wird als ein angebliches Faktum zugrunde gelegt.

Dass also das moderne Menschenbild zugunsten der Bürger- und Menschenrechte als ein Axiom gesetzt werden kann, leuchtet ein. Auch die

---

von Freiheit als "soziale Spielregel" anzuerkennen. Siehe aus Sicht der Freiheitsrechte: Albrecht, Freiheit, 2011., 70, „eine die *Autonomie des Menschen respektierenden Unterstellung*, die das Funktionieren des Gesamtsystems „Gesellschaft“ ermöglichen soll“ (Hervorhebung im Original).

damit verbundene liberale Folgerung können wir vernünftigerweise akzeptieren. So kann und wird der Täter seine Willensfreiheit selbst fingieren, er kann und wird auf der mittelfristigen Ebene der Freiheitsstrafen und ohnehin auf der der Geldstrafen dann auch wirklich noch die von ihm selbst fingierte Freiheit, hier die Fortbewegungsfreiheit, „riskieren“. Daran können wir, die Strafenden, ihn notfalls auch festhalten, weil er dafür in den Genuss der Grund- und Menschenrechte kommt. Aber die Folgerung des „sozialen Todes“, also des Nehmens der sozialen Existenz, kann dieser liberale Ansatz aus deutscher Sicht nicht überzeugend behaupten. Eine solcher Vertrag wäre sittenwidrig, § 138 BGB, eine solche Einwilligung im Sinne des § 228 StGB ebenfalls, es läge auf der Verfassungsebene ein Verstoß gegen die Verfassungsethik, also gegen die guten Sitten im Sinne von Art. 2 I GG und die Menschenwürde vor. Nicht umsonst ist auch die Todesstrafe, die sich damit auch rechtfertigen ließe, verboten.

Die *Beweislast* liegt *insoweit* bei denen, die dieses Menschenbild zur *Begründung* des Strafens verwenden.

Diese Frage stellt sich zwar nicht für denjenigen, der mit *Lenckner* erklärt, die Freiheitsfrage sei durch eine „*gesellschaftliche Entscheidung hinreichend legitimiert*“ und deshalb schlüssig folgert, es handele sich um eine normative Frage, für die es „*eine Beweislast vernünftigerweise nicht geben*“ könne.<sup>502</sup> Die Grundfrage nach der Willensfreiheit des Menschen ist aber auch eine *empirische* und sie wird in der konsentiert rationalen Welt herkömmlicherweise auch als eine solche und nicht als eine Glaubensfrage gestellt. Der Hinweis auf den Konsens genügt für das Recht nur insoweit als der weite politische Beurteilungsspielraum des einfachen Gesetzgebers reicht. Ohne aber den damit eröffneten Streit um die Beweislast im Einzelnen zu verfolgen, ist davon auszugehen, dass in der Demokratie der Staat zumindest die schweren Eingriffe in die soziale Existenz eines Menschen zu begründen hat.

Intrasystematisch argumentiert besteht mit der gesellschaftlichen Entscheidung für die Demokratie, die Grund- und Menschenrechte und für die Freiheit der Weltanschauungen insofern ein Gegenkonsens. Er verlangt im Übrigen auch schon auf der verfassungsrechtlichen Ebene die Rechtfertigung zumindest derjenigen gesetzlichen Eingriffe, die nicht nur die Existenz irgendeines einzelnen Menschen beschneiden, sondern normativ über ein ausgefeiltes Strafrecht grundsätzlich an jeden Menschen gerichtet sind und auch empirisch jährlich eine Vielzahl von Menschen betreffen sowie zudem zum Zwecke der Strafverfolgung schon bei Tatverdacht auch offen unschuldigen Menschen beachtliche Sonderopfer abverlangen.

---

<sup>502</sup> Lenckner in: Schönke/Schröder, 1997, Vorbem. §§ 13 ff., Rn. 110.

Die *Beweislast* liegt also entweder, weil es sich um eine empirische Frage handelt oder aber *zumindest*, weil und insoweit es sich um eine ethische Frage innerhalb des Rechts handelt, auf Seiten jeder Straftheorie, die das Bild vom willensfreien Menschen als konstitutiv für das Strafen erachtet.

Die Beweislast entsteht im Übrigen *paradoxe* Weise deshalb, weil auf der Metaebene derjenige, der straft, für sich und alle anderen das moderne Menschbild zugrunde legt und nicht nur alle Menschen als würdige und rationale Wesen begreift. Er versagt sich zwingend den einfachen Gegenschluss, dass, falls der Mensch nicht im Willen frei sei, es folgerichtig weder für den dann tiergleichen Täter einer Begründung bedarf, noch für die Allgemeinheit und nicht einmal für ihn, den Strafenden selbst, der Zwang zu einer rationalen Begründung bestünde. Vielmehr würde das emotionale Strafbedürfnis, das offenbar tatsächlich existiert und im Strafgrund der Erhaltung der Rechtstreue auch seinen rechtlichen Niederschlag erhalten hat, in diesem Falle als „instinkthafter Beweggrund“ für das Strafen genügen.

Für das Schuldstrafrecht bleibt deshalb das Problem zu lösen, dass die Willensfreiheit und damit auch die Grundlage des Schuldvorwurfs eines empirischen oder wenigstens eines ethischen Beweises bedürfen.<sup>503</sup>

Die Diskussion der Willensfreiheit lässt sich grob in „Bekenntnisse zur Willensfreiheit“ und den nachdrücklichen Hinweis auf die vorrangig biologischen „Grenzen der Willensfreiheit“ gliedern.

Die Diskussion um die Willensfreiheit zeigt im Übrigen Parallelen zu derjenigen um den Gottesbeweis. Dass die Menschenrechte dem naturrechtlichen Denken entspringen, das eine kräftige Wurzel im Gottesverständnis *Thomas von Aquins* besitzt, zeigt die innere Verwandtschaft beider Fragestellungen auf.

*Fazit:* Der *erste Überblick* ergibt einen Konsens darüber, dass die Willensfreiheit, die als Handlungsfreiheit gemeint ist, nicht nachweisbar ist, aber *unterstellt* wird. Zudem zeichnet sich ein pragmatisch-rechtlicher Ausweg ab. Die Handlungsfreiheit kann dann kulturell unterstellt werden, wenn sie nicht der *Strafbegründung*, sondern nur der Strafmilderung dient.

---

<sup>503</sup> Vgl. auch insofern Roxin, Schuldprinzip, 1993, 519 ff., 523, mit einer entsprechenden Klarstellung gegenüber der Kritik von Kaufmann, Arthur, Betrachtungen, Jura 1986, 225 ff., 228 f., man könne doch sicherlich nur eine Schuld, „die es gibt und die sich feststellen lässt“, für die Frage der Strafbarkeit heranziehen.

## II. Ein Dutzend Bekenntnisse zur Willensfreiheit

Einige Schlaglichter sollen die Vorstellungen der Befürworter der Willensfreiheit beleuchten und zugleich auch deren deterministische Schranken aufzeigen.

Für die antike Wurzel der Vernünftigkeit des Menschen steht die Ethik von *Aristoteles* und seine Begründung: „*Der Mensch handelt aber freiwillig. Denn das Prinzip, das die dienenden Glieder des Leibes bei einem solchen Handeln bewegt, ist im Menschen, und immer da, wo das bewegende Prinzip im Menschen liegt, steht es auch in der Macht des Menschen zu handeln oder aber nicht zu handeln*“<sup>504</sup>.

In der Regel aber bewegt der Mensch seine Glieder nicht beliebig, sondern zu einem Zweck, der seinerseits im weitesten Sinne biologisch gegründet ist. Zu einem argumentum ad absurdum umgeformt, ist einzuwenden: Würde der Mensch seine Glieder nur zu freien Leibesübungen nutzen, würde er sterben und auf diese Weise mit seiner Körperlichkeit auch die Macht über sie verlieren. Oder auch: Weshalb sollte er denn seine Energie überhaupt unnötig verbrauchen?

Das Schwergewicht ist auf die Rezeption durch das deutsche Strafrecht zu legen:

*Welzel*<sup>505</sup> folgert in den 50iger Jahren, zu „erkennen“ bedeute bereits, im Willen frei zu sein. Der Satz von *Descartes*, „Cogito ergo sum“ liegt seiner Vorstellung zugrunde. Diese Sicht leuchtet vielleicht ein, doch zeigt die Begrenztheit des Erkennens, und daran, dass wir an Erkenntnisgrenzen stoßen, besteht seit *Kant* kein Zweifel, zugleich an, dass der Autonomie Grenzen gesetzt sind.

Der spanische Strafrechtler *Mir Puig*<sup>506</sup> begründet die Verantwortlichkeit des Menschen unter Hinweis auf *Welzel*, *Jescheck*, *Kaufmann* und andere mit *anthropologischen* Erwägungen, die letztlich dem Menschenbild *Gehlen*s entnommen sind,<sup>507</sup> folgendermaßen: Vergleiche man die Psychologie von

---

<sup>504</sup> Aristoteles, Nikomachische Ethik (Dirlmeier), 1999, 1110a, 14 f.

<sup>505</sup> Welzel, Strafrecht, 1969, 147; Welzel, Gedanken, 1969, 91 ff.; vgl. auch Waldstein, Willensfreiheit, 1978, 329 ff., 331.

<sup>506</sup> Mir, Schuld begriff, ZStW 108 (1996), 9 ff., 20.

<sup>507</sup> Auf Gehlen, Mensch, 1966, 400 ff. beziehen sich ausdrücklich Jescheck/ Weigend, Strafrecht AT, 1996, 405 ff., 416, FN 46.

In diesem Sinne auch Griffel, Determination, ARSP 1994, 96 ff., 107: Von der Eintagsfliege bis zum Elefanten bedürften Tiere nur eines Minimums von Wissen über das für sie Wichtige in ihrer begrenzten Umwelt. Sie besäßen nur ein Minimum an Gedächtnis und nichts an



Mensch und Tier, zeige sich, dass die angeborenen Verhaltensweisen beim Menschen zurückgebildet wurden. Den Verlust seiner Instinkte gleiche er aus, indem er die vitalen Triebe der Art- und Selbsterhaltung, die Affekte und Begierden, die Bestrebungen und Neigungen der tiefen, unbewussten Schicht seiner Seele durch das "Ich-Zentrum" kontrolliere, abbaue oder unterstütze, sie je nach ihrem Sinn oder Wertgehalt lenke<sup>508</sup>.

Danach ist das Ich-Zentrum allerdings an die zu ordnenden Vorgaben der vitalen Triebe der Art- und Selbsterhaltung gebunden. Sie sind zugleich sein Rahmen. Wirklich frei ist es also nicht. Auch, so ist zu folgern, könnte zum Beispiel der Umstand, dass der Mörder Antriebe aus der tiefen Schicht, wie etwa Habgier oder Befriedigung des Geschlechtstriebs, nicht unterdrückt hat, ein Anzeichen dafür sein, dass er sie zumindest im konkreten Fall nicht unterdrücken konnte. Er war womöglich zumindest in diesem Falle triebgeleitet.

*Gehlen* erklärt mit seinem Menschbild auch nicht die Willensfreiheit des Menschen, sondern setzt sie voraus. Wegen seiner Instinktarmut und dem gleichwohl vorhandenen biologischen Antriebsüberschuss sei der Mensch sich selbst zur Aufgabe geworden und „zu einer Formierung gezwungen, deren Inbegriff Sittlichkeit heißt und die eine allein dem Menschen zukommende biologische Notwendigkeit bedeutet“<sup>509</sup>.

Eine umfassende Gegenposition zur These von der Nichtbeweisbarkeit der Willensfreiheit hat *Dreher* aufzubauen versucht<sup>510</sup>. In seiner Monographie "Die Willensfreiheit" hat er ebenso umfassend wie *Pothast* Argumente gesammelt und das Problem aus verschiedenen Blickwinkeln betrachtet, die nur mit einigen Namen anzudeuten sind: aus dem der Philosophie *Kant*, *Schopenhauer*, *Hartmann*, *Wittgenstein*, *Gehlen*, der Strafrechtswissenschaft, der Theologie, der Physik, *Heisenberg*, der Genetik, *Monod*, *Darlington*, der Gehirnforschung und der Psychologie, *Hoche*, *Freud*.

Besonders ausführlich hat *Dreher* sich mit dem Determinismus *Danners* beschäftigt<sup>511</sup>. *Danner* hatte sich insbesondere auf die psychischen Vorgegebenheiten des Menschen berufen, also einen naturwissenschaftlichen Ansatz zugrunde gelegt.

---

Vorausschau. Das hochkomplizierte Fühlen, Denken und Wollen mache die spezifische Subjektivität des Menschen aus; u. Hinw. auf die Besonderheit des Bewusstseins und des Erkenntnisweges auf die Hirnforscher Oeser/ Seitelberger, Gehirn, 1988, 35.

<sup>508</sup> In diesem Sinne auch Jescheck/ Weigend, Strafrecht AT, 1996, 416 f., insbes. u. Hinw. auf Rothacker, Schichten, 1952, 92, mit dem Zitat: "Auf dieser ungeheuren Macht des stets auf der Wacht befindlichen Ich beruht der juristische sittliche Anspruch an mich als verantwortliches Wesen", zu dem Schichtaufbau der Persönlichkeit u. Hinw. auf Lersch, Aufbau, 1970, u.a. 496 ff.; dazu auch Krümpelmann, Motivation, 1974, 327 ff., 338 ff.

<sup>509</sup> Dazu auch Rethmann, Nutzen, Rechtstheorie 31 (2000), 113 ff., 119 f.

<sup>510</sup> Dreher, Willensfreiheit, 1987, 337 ff., vgl. nur die Einleitung und 395 ff.

<sup>511</sup> Danner, Willen, 1974, bei Dreher, Willensfreiheit, 1987, 337 ff.

Doch lautet *Dreher*s eigene Schlussfolgerung auch nur, Menschsein bedeute, in unserer aller Lebenswirklichkeit frei zu sein, frei zum Guten wie zum Bösen<sup>512</sup>. Das Prinzip der Willensfreiheit sei ein unverzichtbares Element unserer erlebten Wirklichkeit. Da wir keine andere Wirklichkeit besäßen, bedürfe „das Prinzip weder eines gedanklichen noch eines empirischen Beweises“. Es stehe vielmehr außerhalb des einem Beweise zugänglichen Bereichs, denn es selbst sei ein Stück Empirie.

*Dreher* räumt zudem ausdrücklich ein, auch der Determinismus sei ein „mögliches Denkmodell“. Der Mensch könne, und das sei eine „nicht auflösbare Aporie“, determiniert gedacht werden<sup>513</sup>. Damit steht auch er am Ende in einer Linie mit denen, die meinen, die Fiktion vom freien Menschen auf eine sich selbst begründende<sup>514</sup> *Erfahrung* oder *Evidenz* stützen zu können. *Dreher*s Plädoyer für die Willensfreiheit führt am Ende nur zum Aufruf, einem Glaubenssatz zuzustimmen.

Ähnlich im Ergebnis versucht *Schmidhäuser* zwischen Willensfreiheit im metaphysischen und im empirischen Sinne zu unterscheiden<sup>515</sup>. Er betont, metaphysisch betrachte etwa *Arthur Kaufmann*<sup>516</sup> die Schuld, wenn jener erkläre, Willensfreiheit sei jenseits aller menschlichen Erfahrung vom Menschenbild selbst herzuleiten.<sup>517</sup> Er selbst hingegen sehe im staatlichen Strafen kein Bekenntnis zur Willensfreiheit „im philosophischen Sinne“<sup>518</sup>, ihm genüge es, dass wir „im Handeln unser Wollen praktisch als frei erleben“ und „an uns und andere Anforderungen stellen“. Dieser Beweis des „Freiheitserlebnisses“ reiche aus<sup>519</sup>. Willensschuld gäbe es nach diesem „axiologischen“ (oder „teleologischen“)<sup>520</sup> Schuldbegriff auch dann, wenn dieser Wille nicht im „überempirischen Sinne“ als frei vorausgesetzt werde.<sup>521</sup>

Jenseits der Alternative von Indeterminismus und Determinismus sei darauf abzustellen, dass es das „Allgemein-Geistige“ und das Teilhaben daran ist, welches die „Phänomene von sittlicher Anforderung und Verstoß“ sowie Strafen als Reaktion darauf hinreichend verständlich erscheinen lasse. Der Idee nach gehe es darum, dass der Täter sich nach dem Maßstab seines „eigenen Gewissens“ falsch verhalten habe<sup>522</sup>.

---

<sup>512</sup> Dreher, Willensfreiheit, 1987, 397.

<sup>513</sup> Dreher, Willensfreiheit, 1987, 396.

<sup>514</sup> Zum Problem der Letztbegründung und den drei wählbaren Sackgassen, zu denen auch der Verzicht auf eine weitere Begründung gehört (mit dem Ergebnis des Dogmatismus), siehe oben, 1. Kap. II.

<sup>515</sup> Schmidhäuser, Schuldbegriff, 1985, 485 ff., 486.

<sup>516</sup> Schmidhäuser, Schuldbegriff, 1985, 485 ff., 497, u. Hinw. auf Kaufmann, Arthur, Schuldprinzip, 1976, 49 ff.

<sup>517</sup> Schmidhäuser, Schuldbegriff, 1985, 485 ff., 497.

<sup>518</sup> Schmidhäuser, Schuldbegriff, 1985, 485 ff., 498.

<sup>519</sup> Schmidhäuser, Schuldbegriff, 1985, 485 ff., 498.

<sup>520</sup> Schmidhäuser, Schuldbegriff, 1985, 485 ff., 499.

<sup>521</sup> Schmidhäuser, Schuldbegriff, 1985, 485 ff., 499.

<sup>522</sup> Schmidhäuser, Schuldbegriff, 1985, 485 ff., 496.

Mit dieser bemüht pragmatischen Sicht der Schuld steht *Schmidhäuser* nicht allein.

Ähnliche Erwägungen stellt *Bockelmann* an. Das Problem der Willensfreiheit lasse sich damit ausklammern, dass sich die Berechtigung für das Strafen auf das „empirische Faktum“ gründe, dass „der Mensch normalerweise imstande sei“, rechtlichen Geboten zu folgen und sich rechtlichen Verboten zu fügen.<sup>523</sup> Diesen Erwägungen pflichtet auch *Krümpelmann* bei, der sich ausführlich mit der individuellen strafrechtlichen Schuld beschäftigt hat.<sup>524</sup> *Frister* meint, die Willensfreiheit sei eine „Bedingung praktischen Handelns und Erlebens“ des Menschen.<sup>525</sup> *Jescheck* und *Weigend* formulieren in ihrem großen Lehrbuch zwar einerseits, dass das Prinzip der Verantwortlichkeit „eine unbezweifelbare Realität“ sei, sehen sie dann aber fast schon zirkelschlüssig nur als „Realität unseres sozialen und moralischen Bewusstseins“.<sup>526</sup> *Gössel* erklärt, die Fähigkeit zum Anders-Handeln-Können sei trotz ihrer Unerweislichkeit „evident und keiner weiteren Rechtfertigung fähig“.<sup>527</sup>

Auch *Burkhardt*, der sich sowohl intensiv mit dem Begriff des Anders-Handeln-Könnens, als auch mit dem Utilitarismus anglo-amerikanischer Ausprägung beschäftigt hat, erklärt einerseits, es gebe „keine vernünftigen Zweifel“ an einer Möglichkeit des Anders-Handeln-Könnens<sup>528</sup>, schränkt aber andererseits ein, trotzdem berge jede Art von Utilitarismus ein starkes Element von Fremdbestimmtheit.

*Zippelius* begibt sich mit dieser Sicht auf die Beweisebene: Jedenfalls die *Plausibilität*, nach der mangels der vollen Beweisbarkeit zu suchen sei, ergebe sich mit den Wertelehren der Philosophen *Hartmann* und *Scheler* aus dem Erleben von Schuldbewusstsein und Reue<sup>529</sup>.

Allen, die davon ausgehen, das Problem der Willensfreiheit ließe sich letztlich mit dem Hinweis auf die *Erfahrung*<sup>530</sup> lösen, ist zuzugeben, dass jedenfalls die

---

<sup>523</sup> Bockelmann, Willensfreiheit, ZStW 75 (1963), 372 ff., 384; Bockelmann, Kritik, 1976, 1 ff.

<sup>524</sup> Krümpelmann, Neugestaltung, ZStW 88 (1976), 6 ff., 11 ff.

<sup>525</sup> Frister, Struktur, 1993, 18.

<sup>526</sup> Jescheck/ Weigend, Strafrecht, AT, 1996, 412.

<sup>527</sup> Gössel, Rezension, JA 1975, 321 ff., 323; Larenz, Recht, 1979, 91 ff.; ähnlich Engisch, Willensfreiheit, 1965; Schreiber, Schuld, Der Nervenarzt 48 (1977), 242 ff., 244.

<sup>528</sup> Burkhardt, Möglichkeit, 1983, 51 ff., 54, sowie 62; zudem Burkhardt, Überlegungen, ZfS 3 (1981), 155 ff.

<sup>529</sup> Zippelius, Recht, 1996, 373 f., u. Hinw. auf Hartmann, Ethik, 1962, Kap. 76-80; und Scheler, Formalismus, 1954, 385.

<sup>530</sup> Siehe auch Merkel, Willensfreiheit, 2014, 39 ff., 118 ff., („sog. subjektive Freiheitsempfinden“).

meisten Menschen der westlichen Welt davon ausgehen, dass sie "im Handeln ihr Wollen praktisch als frei erleben". Der Grund dafür liegt dann aber, um mit *Schmidhäuser* zu sprechen, darin, dass wir am „Allgemein-Geistigen“ teilhaben, dass uns das „Phänomen von sittlicher Anforderung und strafender Reaktion bei Verstoß verständlich erscheinen lässt“. Das „Geistige“ zielt auf die abendländisch-westliche *Kultur*. Sie ist gespeist durch eine Reihe aufs engste miteinander verwobener Strömungen, wie Aufklärung und Humanismus, Vernunftrecht und die Forderungen nach Freiheit, Gleichheit und Brüderlichkeit.

Durch den Rückgriff auf das „Allgemein-Geistige“ und das Phänomen der Sittlichkeit zeigt im Übrigen auch *Schmidhäuser* selbst indirekt an, dass eine Begründung der Willensfreiheit doch nicht ohne eine *Weltanschauung*, also die von ihm abgelehnte metaphysische Sicht, möglich ist.

Die Versuche, dennoch Beweise für die Willensfreiheit des Menschen zu liefern, reißen nicht ab.

*Knöpfel* versucht postmodern mit dem Gedanken der „*offenen Systeme*“, einen Beweis für die Willensfreiheit zu liefern<sup>531</sup>. Für ihn sind die Hauptmerkmale des Geistigen, wie Sprache, Spiel, Phantasie und Schöpferkraft, durch ein Höchstmaß von Freiheit gekennzeichnet. Allerdings räumt er ein, dass er zum Beispiel nicht erörtert, weshalb denn die Willensakte die Qualität des Freiseins besäßen. Außerdem sind diese von ihm so bezeichneten "Hauptmerkmale des Geistigen" zumindest in Ansätzen auch bei höheren Wirbeltieren deutlich zu erkennen. Auch sie vermögen zu spielen und zu kommunizieren. Die Chaos-Forschung zeigt, dass selbst die Wirbel in der Luft nicht mehr vorherbestimmbar, in diesem Sinne also "frei" sind<sup>532</sup>. Die *Heisenbergsche* Unschärfe-Theorie, auf die auch *Dreher* Bezug nimmt, beweist dasselbe für den Mikrokosmos. Aber die säkular verstandene Natur gilt zwar als unberechenbar, aber nicht als frei und mit einem Willen begabt.

Der Philosoph *Tugendhat* knüpft der Sache nach ebenfalls an das große Wort der Aufklärung „*cogito ergo sum*“<sup>533</sup> an: Zum einfachen Sinne des Überlegens gehöre es, dass „wir davon ausgehen, dass wir so oder auch anders hätten handeln können, als wir gehandelt haben“. Deshalb erscheine es als „absurd“, mit *Pothast* von einer Unzulänglichkeit der Freiheitsbeweise zu sprechen. Damit allerdings blendet *Tugendhat* sämtliche natürlichen Beweggründe wie Bedürfnisse und persönliche Wünsche aus. Immerhin räumt er ein, dass die „Autonomie in diesem ganz schwachen Sinne“, dass jemand die Fähigkeit besitze, „für sich selbst wirksam überlegen zu können“, als das übliche Ziel einer richtigen Erziehung

---

<sup>531</sup> Knöpfel, Kausalität, Rth 20 (1989), 342 ff., u.a. 378 f., u. Hinw. auf Gehlen, Theorie, 1965, 222, 226: "Die Natur ist an Freiheit angepasst. Und der menschliche Leib ist so eingerichtet, dass durch ihn Freiheit gewirkt werden kann"; sowie auf Keller, W., Philosophie, 1954, 71; zu den offenen Systemen verweist er auf Kornwachs/ Wehrt, Einleitung, 1984, 8 ff., 14 ff.; sowie Prigogine, Sein, 1988, 221 ff.

<sup>532</sup> Zum Stichwort der "nichtdeterministischen Kausalität" verweist Knöpfel, Kausalität, Rth 20 (1989), 342 ff. auf Anscombe, Causality, 1971, u.a. 13 (gegen die mechanistische Betrachtungsweise im Sinne Newtons).

<sup>533</sup> Siehe auch Kant, Denken, 1786, AA VIII; 146: „Selbstdenken heißt, den obersten Probestein der Wahrheit in sich selbst (d. i. in seiner eigenen Vernunft) suchen; und die Maxime, jederzeit selbst zu denken, ist die Aufklärung.“

angesehen werde. Auch dürfte er den zuvor betonten Umstand, dass das Überlegen „wohl auch für uns alle wertbesetzt“<sup>534</sup> sei, mit einbeziehen. Nicht „erzogen“, also aus sich selbst heraus, ist der Mensch offenbar nicht hinreichend fähig, „richtig“ zu überlegen.

Auch die uns vertrauten Haustiere „überlegen“ im Übrigen sichtbar viele ihrer Handlungen und entscheiden „individuell“. Relevant ist deshalb das zweite Element, ob sie sich dazu, wie Menschen, an ethischen Maßstäben ausrichten. Dazu bedürfte es nicht nur eines Selbst- und eines empathischen „Fremd“-Bewusstseins, sondern auch einer inneren oder äußeren höheren Macht, die auch eine Verehrung erfährt, sei es als würdige Selbst-Achtung oder auch als Anbetung. Daran fehlt es auch höheren Tieren.

„Transzendentallogisch“ im Sinne von *Fichte* argumentiert *Rethmann*: Es bestünde überhaupt kein Gegensatz von Determination und Freiheit, weil Freiheit heiße, sich innerhalb eines durchgängig determinierenden Systems zu diesem System in ein Verhältnis zu setzen. Er setzt umgekehrt an: Der Mensch müsse sich seiner „empirisch-praktisch erfahrbaren Determination“ bewusst werden. Seine Freiheit bestünde dann darin, sich zu dem determinierenden System ins Verhältnis zu setzen, anschließend nach Erweiterungsmöglichkeiten zu suchen und die Determination dadurch zu „übersteigen“<sup>535</sup>.

Die solchermaßen vorausgesetzte Trennung von Subjekt und Objekt beinhaltet und erzwingt zwar die Freiheit. Diese erkenntnistheoretische Sicht liegt dem westlichen Denken auch zweifellos zugrunde. Aber sie reicht, zumal wenn dieselbe Rationalität die Metaebene der Rechtsfertigung bestimmt, nicht aus, um die langjährige reale Gefangenhaltung eines Menschen zu begründen. Zugespitzt formuliert ist einzuwenden, (a), dass diese Erkenntnistheorie lediglich dazu nötig und es erlaubt, die Strafe derart und also als transzendental zu „denken“. (b) Dem kritischen Rationalismus, der sich auch zum Denken selbst ins Verhältnis setzt, ist auch dieser Weg versperrt.

Der Philosoph *Schmitz* betrachtet das Strafrecht. Nachdem er sich zuvor zur Ungelöstheit des Problems der Willensfreiheit bekannt hat, versucht er mit der folgenden Erwägung seinen Weg zur Begründung der Strafe über den Gedanken der Tatschuldvergeltung zu eröffnen<sup>536</sup>: Ein radikaler *Abolitionist* dürfe aus der Nichtbeweisbarkeit nicht schließen, dass Strafen solange nicht verhängt werden dürften, bis wir Fatalismus und Determinismus widerlegen könnten. Denn dieses Argument setze bereits die als fragwürdig betrachtete Willensfreiheit voraus. Nicht zu bestrafen, müsste danach überhaupt in unserem freien Willen stehen. Es setzt eine freie Wahl zwischen Strafe und Unterlassen derselben voraus. Deshalb könnte daraus nicht folgen, die gängige Praxis des Strafens einzustellen. Streiche man die Prämisse der Zurechnungsfähigkeit, „dann ist die

---

<sup>534</sup> Tugendhat, Begriff, 1992, 334 ff., 340.

<sup>535</sup> Rethmann, Nutzen, Rechtstheorie 31 (2000), 113 ff., 120.

<sup>536</sup> Schmitz, Legitimität, 2001, 22 f,

gängige Praxis des Strafens nicht etwa moralisch verwerflich, sie ist einfach sinnlos“.

Er fügt lediglich an, damit sei die zu belegende Legitimität der Reaktion mit Strafe auf die Tat eines zurechnungsfähigen Täters noch nicht begründet.

*Schmitz* setzt die Willensfreiheit, die der Abolitionist, dem strafenden Staat unterstellt, die Strafe zu unterlassen, mit der Willensfreiheit des Täters gleich, die Tat frei zu unterlassen.

Der grundsätzliche Vorzug dieser Sicht liegt darin, dass sie auf die *Alternative* verweist. Auch ohne Willensfreiheit ist mit dem zielgerichteten Verursachen von Schäden an Gütern durch Menschen zu rechnen und die Frage zu stellen, ob und wie darauf zu reagieren ist. Gegen Gefahren wehren sich auch subhumane Lebewesen. Soweit die Strafe dieser Aufgabe dient, bedarf es der Unterstellung der Willensfreiheit des Täters nicht. Die Sozietät wird ihn insbesondere erneut zu sozialisieren versuchen.

Ansonsten aber zieht *Schmitz* (a) den Schluss aus der Praxis, also dem *Sein* der Strafe auf dessen *Notwendigkeit*, die im Fall der Geltung des Determinismus auch eine sinnlose sein könne. Er bedient sich (b) zudem verdeckt des *Paradoxons* des sich *über* die Lüge äuernden Lügners. Denn der Staat stellt nicht lediglich einen Akteur auf der Ebene des Täters dar. In der Demokratie sind es dieselben Menschen, die ihn beherrschen, die auf der *Metaebene* über das Postulat der Willensfreiheit und die Begründung der Strafe mit ihr entscheiden. Sie begründen die Strafe auf derselben Ebene einander gegenüber. Den Teilnehmern an ihrem Dialog wiederum gehört nach ihrem eigenen Selbstverständnis auch der Täter an. Ihre vorherrschende Ansicht aber lautet, die Willensfreiheit sei nicht hinreichend begründbar, weshalb sie aus staatspolitischer Sicht lediglich zu unterstellen sei. Anzufügen ist, um die Grund- und Menschenrechte zu gewährleisten.

*Fazit:* Alle diese Begründungen eint das Bemühen, die Idee der Willensfreiheit zu retten. Art und Ausmaß der jeweiligen Begründungen zeigen aber, dass man sich des Problems der Beweisbarkeit sehr bewusst ist. Freiheit jedoch lässt sich schon logisch nicht kausal und objektiv begründen, weil Freiheit die Freiheit von der Kausalität meint. Freiheit lässt sich eben nur *subjektiv* „erfahren“. Dafür aber ist mit ihr die Idee vom autonomen Subjekt verbunden, das fähig ist, sich selbst seine eigenen Regeln zu geben und das für das Seine, und also auch seine Taten, die Selbstverantwortung trägt.

### III. Person, Zurechnung und Motivierbarkeit statt Schuld und Willensfreiheit (*Lesch, Schünemann, Roxin, Merkel, Jakobs, Günther*)

1. In der deutschen Strafrechtsdogmatik hat sich, wie schon mehrfach angesprochen, eine große wichtige Nebenströmung entwickelt, die den Menschen *vor allem* als „Person“ betrachtet, ihn damit partiell verobjektiviert, indem sie ihn als Objekt von Zuschreibungen betrachtet oder ihn sozialisiert, indem sie ihn vor allem aus dem Blickwinkel der Gesellschaft sieht oder aus der liberalen Sicht „des Anderen“ deutet.<sup>537</sup>

Diese Lehren haben konkludent zur Folge oder betreiben offen das Ziel, auf diese Weise das große Dilemma des deutschen Schuldstrafrechts *aus dem Wege zu räumen*, die Willensfreiheit „zu Lasten“ (in dubio contra reum) der zu bestrafenden Mitbürger nicht nachweisen zu können, und zwar weder *generell* noch *individuell*.

Für sie bietet sich etwa der Gedanke an, die *Wechselbezüglichkeit* absolut zu setzen. An die Stelle des autonomen und aus sich heraus würdigen Subjekts im Sinne des Art. 1 I GG tritt dann die Intersubjektivität der wechselseitig zuerkannten und auch mit der Freiheitstrafe einschränkbaren Personalität gemäß Art. 2 I GG.

Diese Idee der wechselseitig konstituierten Personalität erlaubt den *Verzicht* auf eine empirisch-normative Willensfreiheit. An ihre Stelle tritt die rein *normativ-soziale Zurechnung* einer Tat zu einer „Person“, etwa im *neohegelianischen* Sinne oder auch pragmatisch nach dem Prinzip der zivilrechtlichen Verantwortlichkeit anhand einer fiktiven „Maßstabsfigur“.<sup>538</sup>

*Lesch* spricht in Anlehnung an *Jakobs* von der bloßen „*Verfehlung eines Sollens, die kein psychisches Faktum*“ darstelle, sondern allein eine normative Beziehung, aber dann doch den „Willens zur Tat“ meine<sup>539</sup>. Die Willensfreiheit enthält demzufolge keine Seins-Aussage. Sie stellt lediglich ein *rechtliches* und *soziales* Regelungskriterium dar.<sup>540</sup>

---

<sup>537</sup> Überarbeiteter Unterabschnitt aus: Montenbruck, Zivile Versöhnung. Zivilreligion II, 2016, 6. Kap. I 4 („...Personenbegriff und zur Verzichtbarkeit der Willensfreiheit“, 268 ff.)

<sup>538</sup> So insbesondere, um dem Problem der Nichtnachweisbarkeit der *individuellen Schuld* zu entgehen, siehe Schmoller, Argumentation, öJBL 1990, 631 ff., 632.

<sup>539</sup> Lesch, Verbrechensbegriff, 1999, u. a. 4; unter Bezugnahme auf Jakobs, Strafrecht, ZStW 107 (1995), 843 ff., 850 ff.

<sup>540</sup> Zu dieser Alternative Küpper, Strafen, 2003, 53 ff., 71.

Dieser logische Ausweg, die Rechtselemente lediglich aus dem *Recht* zu erklären, setzt das Recht oder die Sozietät absolut. Den *Menschen* als sonstige körperliche, seelische und geistige Einheit kennt und erkennt diese Sichtweise nicht. Stimmig erscheint dieser Ansatz stets insoweit, als er lediglich normative Folgerungen, wie etwa den öffentlichen Widerspruch gegen den Normbruch begründet. Aber die Realität von Übelzufügungen, die einen konkreten Menschen treffen, kann er nicht erklären, weil diese Sicht das Sein ausblendet.

Auch ist dem Menschen als der „Rechtsperson“ nach diesem Modell nicht nur „zufällig“ die Fähigkeit zur Verantwortung und somit Vernünftigkeit zugeschrieben. Götter oder Geister für verantwortlich zu halten, bildet die einzige Alternative. Ohne diese Art *autonomer Persönlichkeit* einer normativ gedachten Sozietät der „Rollenspieler“ und „Rollenträger“<sup>541</sup> brähe dieses System als ein sich rückkoppelndes zusammen. Sozial gedacht bedarf jede Sozietät sozialer Akteure. Sie mögen zwar fiktive Personen darstellen, und zwar entweder im Sinne von archaischen Familienverbänden oder der hochkomplexen modernen juristischen Personen des zivilen und des öffentlichen Rechts. Aber ohne reale Menschen, die zumindest die Aufgabe von Stellvertretern und Organen im Sinne des § 14 StGB einnehmen, ist eine soziale Welt nicht zu denken und ohne die soziale Weltsicht ist zumindest jede säkulare Spielart einer normativen Weltsicht ihres Gegenstandes beraubt. Dennoch beinhaltet dieser normative Ansatz für seinen Teilbereich beachtliche Aussagen. Das Problem der Willensfreiheit des realen Menschen kann und will er aber nicht lösen.

Einige der Lehren sind herauszugreifen:

*Bernd Schünemann* etwa setzt zwar noch bei der Willensfreiheit an, will sie jedoch aus der Kommunikation und den „Sprachstrukturen“ ableiten<sup>542,543</sup>; sie gehöre zur „elementaren Struktur unserer gesellschaftlichen Kommunikation“. Aber zu den Sprachstrukturen zählen die „Personen“, sodass auch mit ihnen die Idee der Willensfreiheit verbunden ist. Dass die Idee der Freiheit und in ihrem Gefolge auch die der Willensfreiheit zumindest ein Kernelement des westlichen Kulturguts bildet, und zwar gleichgültig, inwieweit das jeweilige nationale Strafrecht sie trennscharf aufgreift oder nicht, ergibt sich aus den sie jeweils überwölbenden Verfassungen. Über oder besser „vor“ ihnen sind sie den Präambeln als Ausdruck der Selbstschöpfung dieser Normengeflechte eigen. Die Idee der Eigenverantwortlichkeit lässt sich also aus der Freiheit und damit auch

---

<sup>541</sup> Dazu ausführlich Jakobs, Norm, 1997, 108.

<sup>542</sup> Roxin, Strafrecht AT II, 2003, § 19. 46; Merkel, Willensfreiheit, 2014, 39 ff. , 55 f.

<sup>543</sup> Unter anderem in: Schünemann, Funktion, 1984, 153 ff. , 163 ff. Zusammenfassend zum Nachfolgenden: Schiemann, Willensfreiheit, ZJS 6/2012, 774 ff.



aus der Willensfreiheit ableiten, zumindest eben als Teil der westlichen zivilen Kultur.

Auf derselben Ebene vermag man dann auch den Weg zu gehen, Menschen die Taten als die „ihren“ (kommunikativ) zuzuschreiben. *Claus Roxin, Reinhard Merkel* und andere wählen diesen ebenfalls noch gemäßigten Weg und erklären, dass es im Strafrecht -jenseits der Frage nach der Willensfreiheit- nur um die *normative Ansprechbarkeit*, und zwar im Augenblick der Tat gehe.<sup>544</sup>

*Roxin* sieht darin ein empirisches Moment jenseits des Moralischen, die „Fähigkeit zur Selbststeuerung“.<sup>545</sup> Einen derart befähigten Ansprechpartner nennen wir herkömmlicher Weise eine Person. Diese kann also auch im Willen unfrei sein, muss aber auf Normen reagieren.

Daraus folgt dann recht feinsinnig, dass ein Mensch mit einer solchen personalen Struktur zwar offenbar über ein inneres Zentrum für die normative Ansprechbarkeit verfügen, aber selbst nicht auch eigengesetzlich (autonom) agieren können muss. Um also die Problematik der Fiktion der Willensfreiheit zu vermeiden, scheint an deren Stelle als Ersatzkonstruktion die Idee einer „normativen Person“ zu treten, die einen „systemisch-funktionalen“ Charakter besitzt. Sie erinnert an das alte personale Bild vom „Freien“, der seine Freiheit auch verlieren kann, etwa, wenn er in Gefangenschaft gerät, an den Sklaven, der die Freiheit gewinnen kann, wenn er freigekauft wird oder an den Fremden, der in den Stand des Bürgers mit Bürgerrechten erhoben werden kann.

Auch wer, wie etwa *Günther Jakobs*, die Schuldstrafe mit Hilfe des Strafzwecks der Generalprävention deutet und mit der Strafe vor allem die Normtreue der Allgemeinheit erhalten will,<sup>546</sup> bezieht sich auf die Idee der Person als soziale Rolle. Danach bedarf es der *Motivierbarkeit* des Normadressaten. *Jakobs* leitet seinen Personenbegriff aus der politischen Philosophie ab. Unter anderem bezieht er sich einleuchtend auf *Rousseau* und begründet damit seine Idee von der Existenz eines Feindstrafrechts, das zugleich ein Freundstrafrecht impliziert.<sup>547</sup> Die Schuld ist bei *Jakobs* eine Art von „Zuständigkeit“, die einem Mitglied der Gesellschaft zugeschrieben wird, um einen sozialen Konflikt auf eine bestimmte Weise lösen zu können. Auch so kann man sich aus der Schlinge der Nichtnachweisbarkeit ziehen, indem man sich schlicht mit der externen, weil sozialen „Motivierbarkeit“ des Menschen begnügt, muss dafür aber auf den

---

<sup>544</sup> Roxin, Strafrecht AT II, 2003, § 19. 46; Merkel, Willensfreiheit, 2014, 39 ff. , 55 f.

<sup>545</sup> Roxin, Strafrecht AT II, 2003, § 19. 46.

<sup>546</sup> Jakobs, Schuld, 1976, 8 ff.

<sup>547</sup> Jakobs, Norm, 1997, 23, ursprünglich habe es nur Nomaden gegeben, ohne Freunde und Feinde, dem dann die Gesellschaft nachfolgte, unter Hinweis auf: Rousseau, Ursprung, 1762, 77 ff., 183.

verwandten Begriff der Person einschwenken. Die Gesellschaft setzt nach diesem Ansatz die maßgebliche Ursache. Sie könnte, und damit zeigt sich deren kollektive Gestaltungsfreiheit, aber auch auf Strafe verzichten. In der Tat wird ohnehin nur sehr selektiv gestraft und es werden keinesfalls alle Straftaten mit Nachdruck ausermittelt. Diese Sichtweise bedient sich auch also auch der Personenidee, verfolgt aber eine Art von Sozial-Determinismus.

Die Personenidee, die ohnehin wie alle großen Ideen verschiedene Ausprägungen zulässt, erscheint danach bei *Jakobs* weniger intersubjektiv, also über die wechselseitige Anerkennung bestimmt. Sie tritt hier vielmehr als eine Art von „sozialer Person“ auf, die am Ende zu einer sozialetischen *Pflichtenlehre* führt.

*„Zurechnung kennt keine Inhalte, die von der normativen Struktur der Gesellschaft unabhängig wären, auf die also gegen die Gesellschaft eine Berufung möglich wäre. Beispielhaft, man kann, wenn die Ernte verhegelt ist, einen Bock, den sprichwörtlichen Sündenbock, aus dem Dorf prügeln; falsch muss das nicht sein, wenn auch fraglich ist, ob sich dadurch ein gesellschaftliches Problem lösen lässt ...“*<sup>548</sup>

*Klaus Günther* knüpft zum Teil an die Gedankenwelt von *Jakobs* an. Er sortiert und erklärt zunächst einmal einleuchtend, die „Debatten um die Zuschreibung von Verantwortung für strafrechtlich relevantes Verhalten verlaufen stets innerhalb eines Dreieckes, dessen Eckpunkte die möglichen Alternativen festlegen. Verantwortlich ist entweder eine Person, die Gesellschaft oder die Natur“ Die Zuschreibung erfolgt – offenbar in Anlehnung an die *habermas'sche* Wahrheitstheorie - durch Konsens und die Praxis der jeweiligen „scientific community“<sup>549</sup>, etwa durch die Neurophilosophie, die Ökonomie oder die allgemeine Soziologie. Deshalb seien auch alle drei Arten von Zuschreibungen „nebeneinander möglich“.<sup>550</sup>

So gebe es eben auch „die Perspektive der normativen Ordnungen einer Gesellschaft“. Die „individualisierende normative Zuschreibung einer Normverletzung zur Verantwortung einer Person, habe den funktionalen Effekt, die normative Ordnung der Gesellschaft... sowie den Verletzten von der Verantwortung zu entlasten und die Verletzung auch nicht als schicksalhafter

---

<sup>548</sup> So noch einmal in seiner Beteiligungslehre: *Jakobs, Theorie*, 2014, 2.

<sup>549</sup> *Günther, K., Zurechnung*, 2014, 9 ff., 14 f.

<sup>550</sup> *Günther, K., Zurechnung*, 2014, 9 ff., 18 (Hervorhebung im Original).

Naturereignis hinzunehmen.<sup>551</sup> Man (also eigentlich jeder Zuschreibende) kann allerdings auch auf die Zuschreibung verzichten.“<sup>552</sup>

*Kommentar.* Die Ansätze sind beindruckend schlüssig, aber es fehlt vor allem der rein sozialen Sicht von *Jakobs* und *Günther* der Blick auf den „Menschen“, etwa die Perspektive im Sinne des Art. 1 I GG. Vor Gericht stehen und im Vollzug sitzen *nicht nur Personen in ihren Rollen*, sondern deren *Träger*, die Menschen. Es *leiden* an dem Übel von Tat und auch Strafe die Opfer, die Gefangenen und auch in kollektiver Weise die *empathischen* Teile der Allgemeinheit, wenn sie davon erfahren. Menschenrechte haben Menschen.

Es handelt sich also auch insofern nur um eine noch zu ergänzende Teilansicht einer oder mehrerer *Fachwissenschaften*. Im Lichte des großen *politischen Credos*, des Dreiklages mit der Reihung von „Freiheit, Gleichheit und Solidarität“, rückt diese Sicht die gesellschaftliche Solidarität in den Vordergrund. Ihr dient dann das Recht als normative Ordnung.

Dieser Ansatz betont dann bezüglich der Gleichheit im Sinne von Gerechtigkeit die Teilidee der Zuteilungsgerechtigkeit. Für die Freiheit führt sie zur Betonung der „Teilhabe“ an der (kollektiv organisierten) Freiheit.

Aber die systemkonforme Nachfrage lautet, ob denn die Gesellschaft nicht wiederum im Recht, zumindest im Strafrecht und für die Grundrechte, an dem natürlichen Akteur Mensch ausgerichtet bestraft oder über die Freiheitsrechte schützt. Begreift sie das Tun nicht vor allem über das „Verursachen“ im „natürlichen Sinne“, also „inkorporiert“ sie nicht „Naturalismen“<sup>553</sup>, und zwar deshalb, weil die Gesellschaften sich ihrerseits diesen Naturalismen, zumindest in der westlichen Welt, unterwerfen? Ebenso wird dann die Gesellschaft die eigene Re-Aktion, die Strafe und den Schutz, auf die natürliche Person Mensch beziehen.

Das Normative der (etwa objektiven) Zuständigkeit als sozialer Akteur oder die (eher subjektive) Zurechnung als individuelles Mitglied der Gemeinschaft wäre, wenn man sich vom rein sozialen Blickwinkel zu lösen bereit ist und zumindest „sozialreal“ denkt oder gar pragmatisch ansetzt, nur der „normative Begriffshof“, der sich um einen „natürlichen Begriffskern“ erstreckt. Das Normative dient der Einordnung von *Grenzfragen* und *Ausnahmen*. Ein

---

<sup>551</sup> Günther, K., Zurechnung, 2014, 9 ff., 19.

<sup>552</sup> Günther, K., Zurechnung, 2014, 9 ff., 23.

<sup>553</sup> Jakobs, Theorie, 2014, 2, dort allerdings zur Beteiligungslehre: „*Eigenhändigkeit und Fremdhändigkeit sind in einer Zurechnungslehre an sich Naturalismen, die erst bedeutsam werden, wenn sie von dieser Lehre nach ihrem Zweck inkorporiert werden.*“

Totschlag etwa ist zunächst einmal ein Schlag, mit dem ein Mensch den Tod eines anderen Menschen herbeigeführt hat.

Im Zivilrecht dagegen agieren vielfach ohnehin die juristischen Personen. Die natürlichen Personen versuchen einerseits durch Gründung von privaten Gesellschaften ihre private Haftung zu vermeiden oder zu beschränken und andererseits auf diesem Wege auch, als kollektiv stärkere ökonomische Akteure auftreten zu können.

Gleichwohl bleibt der Blickwinkel des rein Sozialen. Mit ihm kann und darf man auf den Nachweis der Willensfreiheit verzichten. Man kann sie aber auch einfach bestimmten Personen als den Schuldfähigen zuschreiben und meint damit dann ein bestimmtes Organisationssystem, mit dem ein bestimmtes System sich selbst organisiert<sup>554</sup>. Der zivilreligiöse Glaube an die eigene Willensfreiheit ist danach recht naheliegend. Dazu reicht es aus, dass es sich um eine sozialreale, weil kollektive und staatstragende Fiktion handelt. Deshalb gilt auch umgekehrt, wer die Willensfreiheit aus wissenschaftlicher Sicht für angreifbar und jedenfalls für grundsätzlich nicht nachweisbar hält,<sup>555</sup> der wird dennoch in der westlichen Welt gern im Alltag auf den sicheren Grund des Kulturellen zurückkehren.

Begreift man allerdings folgerichtig den „natürlichen“ Menschen aus der leicht veränderten sozio-*biologischen* Sicht auch als ein solches (Sub-) System, dann muss und wird er sich auch als solches selbst organisieren. Das Lebewesen Mensch verfügt dann zumindest über eine Art von Selbst, welches dann eine der „Schuld“ nahe biologische Form der „Selbstverantwortung“ zwar impliziert und auch darwinistischen Utilitarismus nahelegt, aber die sittlich-ethische Seite der Idee der Willensfreiheit nicht kennt.

Das große Dilemma, die Willensfreiheit nicht nachweisen zu können, aber mit der Schuld die Strafe zu begründen -was hier nicht vertreten wird, weil der Schuldausgleich vom strengen Vergelten zu trennen und nur *mildernd* zu deuten ist- wird durch einen anderen Ansatz gelöst. Es wird nicht mehr zwischen Metaphysik und Physik in Sinne von *Kant* getrennt.

---

<sup>554</sup> Dazu noch einmal aus der Sicht einer rechtssoziologischen Theorie des Rechts: Röhl/ Röhl, Rechtslehre, 2008, 139, ein „allgemeines Organisationsprinzip“.

<sup>555</sup> Dazu aus der Sicht der Philosophie: Nida-Rümelin, Vernunft, 2012, 9 ff., 25 („Freiheit als naturalistische Unterbestimmtheit von Gründen“); 27 „*Ob diese Form einer menschlichen Freiheit real ist, lässt sich nicht durch einen empirischen Test feststellen.*“ (kursiv im Original). Vgl. auch Fabricius, Kriminalwissenschaften I, 2011, 46 (zur Unbeweisbarkeit von Sollensaussagen).

Stattdessen bezieht man sich auf einen mittleren Ansatz. Bei *Schünemann* sind es Sprache und Kultur. Darüber wird noch weiter nachzudenken zu sein.

Bei *Roxin* und *Merkel* ist es die innere „Fähigkeit zur Selbststeuerung“, die von außen mit normativen „Reizen“ beeinflussbar ist. Sie kennen wir als universelle Idee der Selbstorganisation aus der Soziobiologie. *Jakobs* verfolgt ebenfalls einen systemischen Ansatz, der sich auf eine Art von natürlichem System als Sozialempirismus gründet. Vereinfacht handelt es sich um verschiedene Formen eines sozialen Ansatzes.

So entwickeln *Roxin*, *Jakobs* und andere, die vorrangig präventive Lehren verfolgen, folgerichtig soziale Vorstellungen. Denn auch die Spezialprävention zielt auf den Schutz der Gesellschaft. Aber ihre Idee der Zurechnung ist mit der herkömmlichen Schuldidee recht eng verwandt. Und sie beruht auf den Ideen der Willensfreiheit und der Rechtswertlehre. Entweder handelt es sich bloß um passende Umformungen oder aber es müsste eine Art von *tertium comparationis* geben, das beide Sichtweisen überwölbt. Das Dilemma eines jeden sozialen Gesichtspunktes besteht aber darin, dass er immer bereit ist, im Notfalle den Einzelnen, den er nur als sein Mitglied begreift, bei Bedarf sogar als Sündenbock zu opfern.

Die Grundidee des autonomen Menschen, auf dem die Menschenwürde und das Prinzip der Eigenverantwortung beruhen, wird einer sozialen oder personalen Sicht geopfert. Zumindest unterstellt werden können muss dazu aber die Willensfreiheit. Das heißt, der Nachweis, dass es sie nicht gibt, darf nicht erbracht werden können. Etwa im Sinne einer Konsenstheorie der Wahrheit darf der Gegenbeweis nach vernünftigen Diskussion aller guten Gründe zumindest (noch und bis auf weiteres) nicht evident sein und zur akzeptierten und herrschenden Meinung erwachsen.

*Fazit:* Noch herrscht (wohl) die Ansicht vor, dass der Gegenbeweis der Fremdbestimmung nicht erbracht ist und dass wir im Alltag das Gefühl und die Erfahrung von Freiheit erleben. Die allgemeinen Erklärungen der Menschenrechte gehen jedenfalls von der Existenz der Freiheit aus.

## 13. Kapitel

### Determinismus und Strafe

#### I. Kritik an Metaphysik und deterministische Alternativen (*Baurmann, Kargl, Dux, Herzberg, Schiemann, Hörnle, Pauen*)

Nicht zu überzeugen sind die westlich-abendländischen Vertreter eines weichen oder harten *Determinismus*, die sich auch in der Strafrechtswissenschaft finden lassen.

So kritisieren denn auch *Baurmann*<sup>556</sup> und *Kargl*<sup>557</sup>, wie andere vor ihnen, Schuld sei nur "eine *metaphysische Idee*". Ebenso sei auch das Anders-Handeln-Können, das Dafür-Können oder die freie Willensentscheidung nur ein "semantisch unbestimmter metaphysischer Begriff". Empirisch seien sie nicht interpretierbar. *Kargl*<sup>558</sup> bedauert die Folge, die sich dahinter verbergende *Emotionalisierung* des Strafrechts. Allerdings ist gerade über die Gefühle als Gerechtigkeitsbedürfnis und Schuldgefühl noch nachzudenken. Sie könnten, so ist an dieser Stelle zu fragen, doch ihrerseits von „absolut-blinder“ oder auch „evolutionsbiologisch-vernünftiger“ Bedeutung sein.

Als Gerechtigkeits- und als Schuldgefühle kennen und beachtet sie zumindest unsere westliche Kultur. Östliche „Scham“-Gesellschaften betonen dafür immerhin die emotionale Verankerung des Ungehorsams gegen die Regeln der Älteren (und nicht so sehr gegen die eigenen Normen). Diesen Ungehorsam rationalisieren wir im Westen und kennen ihn ebenfalls etwa als Unrechtsbewusstsein im positivistischen Sinne.<sup>559</sup>

*Herzberg* schlägt einen etwas anderen Weg ein: Er bekennt sich zum Determinismus und erklärt, und zwar entgegen der Ansicht des *Bundesverfassungsgerichts* und dessen Ableitung der Willensfreiheit aus der Menschenwürde, dass das deutsche Strafrecht sich in Wirklichkeit gar nicht für den Indeterminismus entschieden habe.<sup>560</sup> Es genüge die Idee, dass man für den

---

<sup>556</sup> Baurmann, Dogmatik, 1980, 196 ff., 204.

<sup>557</sup> Kargl, Kritik, 1982, 413, 415.

<sup>558</sup> Kargl, Kritik, 1982, 435.

<sup>559</sup> Siehe etwa Demmerling Scham, 2014, 115 ff.; zudem Lotter, Scham, 2012, 7 ff. (Überblick über die verschiedenen kulturellen und fachwissenschaftlichen Sichtweisen und Fragestellungen).

<sup>560</sup> Siehe hier etwa nur Herzberg, Willensunfreiheit, 2010, 3.

*eigenen Charakter seiner Persönlichkeit* eintreten müsse. Das So-*veranlagt- So-*geworden-Sein sei Gegenstand des Schuldvorwurfs.<sup>561</sup>

Das Eintretenmüssen erfolgt dann gleichsam blind und im Sinne einer Art von *ausgleichender Wechselbeziehung*, die der Täter auslöst. Damit wählt *Herzberg* der Sache nach das Modell einer „objektiven Person“ im Sinne einer blinden „Natur-Gerechtigkeit“.

Damit verlässt er allerdings das Tat- (Schuld-) Prinzip und nähert sich einem Täterstrafrecht. Unser angebliches Tatstrafrecht leidet allerdings auch schon darunter, dass es Vorverhalten, wie die Vorstrafen und Nachtatverhalten, wie das Geständnis, mit einer gewagten, aber wohl noch vertretbaren Indizkonstruktionen mitberücksichtigt und dass es bei Tatmehrheit, wenngleich eben erst in einer zweiten Prüfungsstufe, die Person und Taten insgesamt abwägen will, allerdings immer mit dem Vorrang von nachgewiesenen Taten.

*Anja Schiemann* folgt *Herzberg* und verweist ausdrücklich auf eine solche vom Willen unabhängige Wechselseitigkeit. Zudem betont sie die personale Idee der „Identität“: *„Zu den von einem Menschen gemachten Erfahrungen und damit zu seiner Identität gehören nicht nur die bewussten Momente, sondern auch diejenigen, die sein Unterbewusstsein auffängt.“*<sup>562</sup>

*„Es setzt eine Wechselbeziehung zwischen Täter und Geschädigtem voraus, ein Beziehungsungleichgewicht, das wieder ausgeglichen werden muss“.* Sie verweist dazu auf die philosophische Personenidee von *Leder*, der im Übrigen auch die Schöpferkraft des Menschen herausstellt.

Somit verwendet sie anstelle der Idee von einem freien Menschen immerhin die ähnliche Idee von einer *Person*. Aus der Wechselseitigkeit folgen aber eigentlich *strengere Strafen*. Auch bleibt zu fragen, ob diese Sicht nicht auf eine Art von *Privatstrafrecht* zulaufen müsste.

*Tatjana Hörnle* bietet in ihrem Schlusswort zur Schrift von der Kriminalstrafe ohne Schuld<sup>563</sup>: *„Ein Plädoyer für Änderungen in der strafrechtlichen Verbrechenslehre“* und *„rekonstruiert das plausibelste Modell menschlicher Entscheidungsfindung“* und dazu spricht sie sich für einen *„Verzicht auf einen Schuldvorwurf aus und dafür, dass der den Tätern gemachte Vorwurf konsequent auf das Tatunrecht zugeschnitten werden müsse.“* (aus dem

---

<sup>561</sup> Herzberg, Willensunfreiheit, 2010, u. a. 87 ff.

<sup>562</sup> Schiemann, Willensfreiheit, ZJS 6/2012, 774 ff. , 777; Leder, Person, 1999, 408, der im Übrigen auch die Schöpferkraft des Menschen herausstellt.

<sup>563</sup> Hörnle, Kriminalstrafe, 2013, 52 ff., 79.

Abstrakt). Sie wählt einen ähnlichen Weg und stellt dazu unter anderem auf den *externen* Blickwinkel der „anderen“ ab. Deren „*Verhaltensanforderungen*“ habe der Täter „*missachtet und Unrecht begangen*“. Dazu will sie die „2. *Person-Perspektive*“ berücksichtigen,<sup>564</sup> für die sie sich an *Stephen Darwall* anlehnt. Diese sei auf die Wechselseitigkeit zwischen Du und Ich angelegt, „*wenn wir bezüglich des Verhaltens und der Absichten des Anderen Ansprüche erheben und anerkennen.*“

*Hörnle* verweist zudem auf *Peter Strawson*, demzufolge „*reaktive Einstellungen*“ den Normalfall für die Art bilden, mit der Menschen miteinander umgehen. Sie erklärt, die „Praxis von Lob und Tadel“ hätte auch dann Bestand, wenn Menschen von einer *deterministischen* Weltsicht ausgingen.<sup>565</sup> Maßgeblich sei dafür dann die Art der Motive: Das Handeln etwa gegen das Recht müsse sich dann auf „Überzeugungen und Wünsche der Person zurückführen lassen“. Aber es gilt eben andererseits auch, was sie später ausführt<sup>566</sup>: „*Gründe... werden immer in einem Kontext von anderen verhaltenssteuernden Antriebskräften wirksam, das heißt innerhalb der Struktur der eigenen Persönlichkeit*“.

Immerhin geht es damit also schon einmal um einen „Kontext“ und damit um den Eintritt in die Problematik der Komplexität und der konkreten Unberechenbarkeit. Hinzu tritt eine „eigene Persönlichkeit“, also eine sich (auch zum Teil) selbst organisierenden Einheit, ein Selbst.

Damit gesellt sie sich immerhin zu den Vertretern einer Anerkennungslehre. Die Ansprüche des Anderen werden also offenbar bei *beiderseitigem Bedarf* auch in der Art von *Freiheitsrechten* anerkannt.

Damit gelangt *Hörnle* zu einem Unrechts-Ausgleichs-Strafrecht. Die humanen Milderungen, die das Schuldprinzip mit sich bringt, würden wechselseitig zugeschrieben, jedenfalls solange es wechselseitig nützlich ist.

Immerhin können, so ist anzufügen, auch *Säugetiere* einander individuell erkennen, sich unterschiedlich respektieren und so die privaten Freiräume der Anderen achten. Allerdings betreiben sie auch einen ständigen „*Kampf um Anerkennung*“. Die Achtung ist ihnen also nicht auf Dauer garantiert.

---

<sup>564</sup> So etwa Hörnle, *Kriminalstrafe*, 2013, 52 ff.; Darwall, *Second-Person*, 2006, 3.

<sup>565</sup> Hörnle, *Kriminalstrafe*, 2013, 50 f.; Strawson, P., *Freedom*, 1974, 59 ff., 67 ff. Siehe auch und gleichfalls im Sinne von „Strafrechtliche Verantwortung ohne Willensfreiheit“: Bröckers, *Verantwortung*, 2015, 304 ff. („Strawsons Blick auf die moralische Praxis“).

<sup>566</sup> Pauen/Roth, *Freiheit*, 2008, 172.



Das Dilemma aller Anerkennungslehren lautet ebenso, dass man dann dem Anderen auch die Du-Personalität aberkennen kann. Aus dem Freund wird dann ein Neutrum, er verliert den zuerkannten Rechtsschutz, wird somit vogelfrei oder auch ein „Es“ und aufgrund der Tat zugleich (zumindest) ein potentieller Feind.

Die alte Trennung von Mensch und Tier würde sich auflösen. Die Menschenwürde wäre eine zuerkannte Ehre und verlöre in Deutschland ihren absoluten Charakter.

Andererseits bezeugt der Vollzug langjähriger Freiheitsstrafen, in welchem Maße wir bereit sind, dem Strafgefangenen das Ausleben seiner Persönlichkeit von Rechtswegen abzuerkennen. Die Wesentlichkeitsgarantie gilt eben offenbar nicht für die althergebrachten Strafen. In den langen Freiheitsstrafen und ohnehin in der Sicherungsverwahrung lassen sich gewichtige Anteile eines Feindstrafrechts finden. Allerdings wird es gemildert und überwölbt vom Humanismus der Menschenwürde-Idee.

Auch steckt in der Idee von der Anerkennung bislang immer auch noch die liberale Vorstellung von der Vertrags-Freiheit. Gerade wer dem anderen die Achtung auch versagen und ihn demütigen kann, sei es vernünftig oder unvernünftig, berechnend oder auch emotional, der gilt uns im Westen als in seinem Willen frei.

*Soziologie und Philosophie.* Wie schwierig sich die zu lösende Aufgabe aus der Sicht des sozialen Determinismus darstellt, zeigt die Kritik des Soziologen Dux<sup>567</sup> am gegenwärtigen strafrechtlichen Schuldbegriff. Die rein soziologische Sicht legt im Übrigen generell eine entsprechende *soziale Determination* des Einzelnen nahe.

Er betont, die Schuld habe als der Vorwurf des Anders-Handeln-Könnens „einfach keinen Platz im neuzeitlichen Wissen um den Menschen“. Vielmehr durchlaufe der Mensch einen *sozialisierenden Bildungsprozess*. Insbesondere in der Phase des Kindes erlerne er unter realen Bedingungen die Kompetenz, Erwartungen zu folgen. Es bestehe für das Kind eine theoretische entwicklungspsychologische Situation. Im Spiel werde gleichsam automatisch Moral gelernt. Dazu knüpft Dux an die Untersuchungen von Piaget<sup>568</sup> an. Von den Rechtswissenschaftlern sei deshalb auch zu Recht der Gedanken der

---

<sup>567</sup> Dux, Täter, 1988, insbes. 54 - 57.

<sup>568</sup> Piaget, Urteil, 1983.

„Lebensführungsschuld“ ins Gespräch gebracht worden<sup>569</sup>. Diesen Aspekt betont, wenngleich aus indeterministischer Sicht auch *Figueiredo Dias*<sup>570</sup>: Mit einer Grundwahl lege der Mensch sein eigenes Wesen fest. Insoweit übersieht *Dux*, dass es danach gleichwohl nicht ausgeschlossen erscheint, dass der erwachsene Mensch die Sozialmoral verinnerlicht und auch über sie autonom verfügen kann. Sie zwingt ihn nicht, sondern dient ihm als ein willkommenes Hilfsmittel, um in der sozialen Umwelt zu bestehen.

Am Ende seiner Abhandlung erklärt *Dux* zudem nicht nur, dass dennoch die *Gefühle der Schuld* existierten und insofern keine Illusion seien. Er schließt vielmehr, dass sie den bedeutsamen Tatbestand signalisierten, dass wir uns selbst als verantwortlich nähmen. Er fügt an, was das Subjekt wirklich vermöge, erweise sich erst „im Augenblick des Tuns“. Wenn aber der Mensch *Dux* zufolge erst im Augenblick des Tuns zeigt, wozu er fähig ist, so heißt diese Eigenschaft nichts anderes, als dass er sich trotz angelernter Verhaltensmodelle in concreto frei entscheiden kann.

*Dux* entwickelt eine Sowohl-als-auch-Feststellung: *Subjekt und Welt* seien in einer „doppelsinnigen Weise aneinander gebunden“. Das Subjekt werde zu dem, was es sei, in seiner Welt; diese brauche es, um zu werden, was es sein könne. Man müsse Konsequenzen ziehen, wenn man nicht schuldig sein wolle.

Das Problem der Fremdbestimmung durch Sozialisierung besteht darin, dass zu jeder Sozialisierung auch der Umstand der Abweichung von einzelnen und auch Gruppen von einzelnen gehört. Die Straftaten bilden typische Beispiele. Der Mensch kann sich den sozialen Zwängen, wenngleich zu hohen individuellen Preisen, stets auch entziehen. Zudem beruhen auch die Sozietäten, die die Sozialisierung betreiben, auf keinen vorprogrammierten Mustern. So indiziert die Vielfalt der jeweiligen auch konkurrierenden Kulturen im Sinne der Systemtheorie einen sich fortentwickelnden Konsens einer Allgemeinheit aller Einzelnen. Verobjektiviert stellt er eine Art des lebendigen „Volksgeistes“ dar, dem seinerseits Elemente gemeinsamen genutzter kollektiver Freiheit zu eigen sind.

---

<sup>569</sup> Zur Lebensführungsschuld siehe Jescheck/ Weigend, Strafrecht AT, 1996, § 4 I. 1., 23; Jakobs, Strafrecht AT, 1991, 489 ff., Rn 34 ff.; Mezger, Straftat, ZStW 57 (1945), 675 ff., 688 f.; Welzel, Persönlichkeit, ZStW 60 (1948), 428 ff., 458 ff.; Roxin, Schuldstrafrecht, ZStW 96 (1984), 641 ff., 648 ff.; Engisch, Charakterschuld, MSchrKrim 50 (1967), 108 ff., aus Sicht eines Täterstrafrechts im Jahre 1940: Bockelmann, Studien, 1940, 145 ff., 153.

<sup>570</sup> Figueiredo Dias, Schuld, ZStW 95 (1983), 220 ff., 237 ff.; dazu kritisch Roxin, Schuldstrafrecht, ZStW 96 (1984), 641 ff., 649 f.

In der *Philosophie* erinnert *Pauen* unter Hinweis auf *Nagel* und *Strawson* an ein argumentum ad absurdum, in das uns die Vorstellung von der reinen Autonomie des Menschen führt.<sup>571</sup>

Wirklich frei sei eine Entscheidung nur dann, wenn sie auch frei von eigenen Motiven, Bedürfnissen oder auch Überzeugungen getroffen werde. Eine solche absolut freie Entscheidung könne dann aber in jedem neuen Falle anders als zuvor ausfallen. Deshalb sei sie vom *Zufall* nicht zu unterscheiden. Damit wird der übliche Weg eines scheinbar tötenden argumentum ad absurdum eingeschlagen. Es wird lediglich die extremste Idealvorstellung angegriffen und auch sie noch um konstitutive Elemente reduziert. Einmal bleibt ausgeklammert, dass der Mensch in seinem körperlichen und seelischen Sein auch Bedürfnisse des *Lebens* zu bedienen hat. Zudem fehlt aus der *ethischen* Sicht die Forderung, die reine Willkür durch die Ausrichtung an autonomen moralischen Maßstäben zu begrenzen. Werden weitere Maßstäbe verwendet, wie sie Selbstbindung an Verträge oder die Einhaltung von sonstigen konsentierten Ordnungen, wie sie mit dem Ordnungswidrigkeitengesetz innerhalb des Strafrechts sanktioniert werden, so bleibt am Ende die Beliebigkeit der Willensbetätigungen selbst ohne die Berücksichtigung der psychobiologischen Bedürfnisse des Menschen deutlich auf einen „vernünftigen“ Kreis zurückgeführt.

Mit dem reinen Freiheitsbegriff hänge ein weiteres Problem zusammen: Sei hingegen auch zu fordern, dass sich eine Handlung auf einen „Akteur“ zurückführen lassen muss, bedürfe es für ihn „personale[r] Merkmale wie Motive, Überzeugungen oder Wünsche“. Hat ein Handeln also auch irgendeinen Zweck, so ist es jedenfalls nachträglich auf eine Motivation zurückzuführen.

*Pauen* selbst will deshalb Freiheit auch nur personal definieren: „*Das Tun einer Person ist genau dann 'frei', wenn es von der Person unterlassen werden könnte, sofern es in einen Widerspruch zur Gesamtheit ihrer personalen Merkmale geriete*“<sup>572</sup>. Aus psychologischer Sicht geht es also um die Stabilität einer [...] Persönlichkeit. Außerdem erklärt er, Personen seien in Anlehnung an *Strawson* und *Dennett*<sup>573</sup> „körperliche Wesen“, die einmal „direkt[en] präsente[n] Motive[n] wie Emotionen, Affekte[n] und körperliche[n] Bedürfnisse[n]“ aufweisen. Insofern stimmten sie mit höheren Tieren überein. Zudem verfügen Menschen (als Personen) über „'abstrakte' intentionale Zustände, also Überzeugungen oder Glaubenszustände“. Jene ließen sich auf Befragen von den

---

<sup>571</sup> Pauen, Freiheit, AZP 26 (2001), Heft 1, 23 ff., 31 f.; mit Bezugnahmen unter anderem auf Nagel, View, 1986, 118; Strawson, G., Consciousness, Inquiry 32 (1989), 3 ff., 10.

<sup>572</sup> Pauen, Freiheit, AZP 26 (2001), Heft 1, 23 ff., 38.

<sup>573</sup> Pauen, Freiheit, AZP 26 (2001), Heft 1, 23 ff., 36; Strawson, P., Einzelding, 1972, 130; Dennett, Mechanism, 1982, 150 ff..

Personen erklären und vermöchten das bewusste Handeln als Motive zu beeinflussen. Personen gewännen auf diese Weise die Fähigkeit zu „rationalem Wollen“ im Sinne von *Tugendhat*<sup>574</sup> und mit *Habermas* zu „normgeleiteter Interaktion“. Auch könnten Personen die Folgen ihres Tuns abschätzen. Jeder einzelne verfüge über spezifische Ausprägungen dieser Merkmale. Biologische und nun doch auch ethische Elemente reicht er nach.

*Pauen* legt letztlich zwar ein gängiges Menschenbild zugrunde. Ohne ein solches ist die Frage nach der Willensfähigkeit auch nicht einmal zu denken. Allerdings ist der Begriff der Person (von „personare“, durch eine Maske hindurch klingen) auch beschränkter und besser im Sinne sozialer Rollen und Anerkennung zu verwenden. Individuum wäre dann der passendere Begriff.

*Pauen* räumt zwar selbst und zu Recht ein, dass es erstens etwas schwierig ist, die Grenzlinie zwischen Person (Individuum) und Außenwelt richtig zu ziehen und zweitens die Verständigung über die Gesamtheit der personalen Merkmale schwer fallen wird<sup>575</sup>. Aber bereits mit dem Begriff der Person oder seiner Beschreibung des Menschen setzt er die recht eingeschränkte Freiheit als Axiom<sup>576</sup>. Er beschreibt im Übrigen mit deren Individualität eine Eigenheit der bloßen Unberechenbarkeit. Es fehlt der Hinweis auf ethische Maßstäbe und damit auch die Erörterung von deren autonomer oder heteronomer Herkunft.

Anthropologisch und somit vorrangig biologisch setzt *Kargl* an, der viele Übereinstimmungen mit den Thesen des Deterministen *Danner* sieht<sup>577</sup>. Er teilt auf: Menschen seien *strukturell*, aber nicht in concreto fremdbestimmt. Er empfiehlt in Anlehnung an *Maturanas* Erkenntnisbiologie, postmodern von einem Zustands- oder *Strukturdeterminismus* lebender Systeme auszugehen.

Er trennt zwischen der Situation des Beobachters, der vorausblickt, und der desjenigen, der zurückschaut. Vorausblickend beschreibe ersterer die Situation so: „Wie ich handeln werde, hängt von mir ab. Es ist meine Entscheidung, die das Handeln hervorbringt“. Allerdings bringe der Handelnde sich aufgrund seiner Erwartung unausweichlich in die Situation, in der er ihr entsprechend

---

<sup>574</sup> Tugendhat, Begriff, 1992, 334 ff., 338, 345.

<sup>575</sup> Pauen, Freiheit, AZP 26 (2001), Heft 1, 23 ff., 43.

<sup>576</sup> Siehe auch Pauen, Freiheit, AZP 26 (2001), Heft 1, 23 ff., 36, Erl. 34: „Abstrakt“ meine, dass es nicht um die Auslösung eines direkten Reizes ginge oder dessen Antizipation wie bei einem Hund, der durch Belohnung und Strafe motiviert werden könne. „Bei Personen können demgegenüber auch moralische Prinzipien, nur sprachlich formulierte Strafandrohungen oder rein theoretisch erschlossene Gefahren als Handlungsmotive wirksam werden.“

<sup>577</sup> Kargl, Handlung, 1991, vgl. vorerst 6 ff., zur Nähe zu Danner, 195. Allerdings gibt Kargl Dreher, Willensfreiheit, 1987, 338, Recht. Danner habe eine simplifizierende Psychologie verwendet, die jedoch letztlich zu einer zutreffenden Hypothese führe (vgl. auch Kargl, Handlung, 198, Erl. 156).

handeln muss. Rückblickend würde ihm dann auch klar, dass die getroffene Wahl von bestimmten „affektlogischen Präferenzen“ bestimmt sei. Deren Struktur sei vorgegeben<sup>578</sup>. Kurz: Diese Erwartungen hat die Natur dem Menschen vorgegeben.

Zu überlegen ist demzufolge aber, ob ein Strafrecht, das die Willensfreiheit zugrunde legt, nicht vorrangig die Situation des *Handelnden* eben dadurch nachvollzieht, indem es sich in seine damalige Situation versetzt. Damals durfte er sich „frei“ wähnen.

*Weicher und harter Determinismus.* Insgesamt vertritt auch *Kargl* keinen reinen Determinismus. Bekanntermaßen leben wir stets in der Gegenwart und blicken in die Vergangenheit, um mit den dort gewonnenen Erfahrungen die Zukunft zu meistern. Jedenfalls, so meint auch *Kargl*, seien menschliche Verhaltensweisen nicht vorhersehbar. So eröffnet auch er selbst die Tür zur Freiheit<sup>579</sup>. Er vertritt insgesamt einen weichen Determinismus und damit zugleich einen weichen Indeterminismus.

Mit dem Staatsrechtslehrer *Zippelius*<sup>580</sup>, der sich an dieser Stelle selbst nicht entscheidet, ist der Determinismus in  
den „naturgesetzlichen Determinismus“ und  
den Motivationsdeterminismus  
zu trennen.

Der naturgesetzliche Determinismus beruht auf dem Bild der gesamten Welt als einer großen *Maschine*. Frei könnte der Mensch allerdings dann insofern sein, als er aus dem Strom der Daten für ihn Wichtiges herausgreift und sich eigene Modelle von künftigen Verhaltensabläufen macht, so dass er auf sie bereits vorbeugend reagiert und dadurch auch agiert<sup>581</sup>. Dass allerdings solche „Erwartungen“ nur dem Menschen und nicht auch erkennbar höheren Tieren eigen sind, ist zu bezweifeln. Wirkliche Freiheit entsteht andererseits somit erst mit dem ethisch-religiösen Element des Menschseins.

---

<sup>578</sup> Kargl, *Handlung*, 1991, 97 f.; zu seinem Gesamtkonzept siehe Montenbruck, *Strafrechtsphilosophie*, 2010, III, 6. Kap. III.

<sup>579</sup> Vgl. etwa Kargls Glossar zum Begriff der Freiheit, Kargl, *Handlung*, 1991, 581.

<sup>580</sup> Zippelius, *Recht*, 1996, 368 ff., insoweit u. Hinw. auf Kant, *Kritik r. V.*, 1781, AA: Nach seinem „empirischen Charakter“ besitzt der Mensch keine Willensfreiheit (557 f.), aber „nach dem intelligiblen Charakter ... würde dasselbe Subjekt dennoch von allem Einflusse der Sinnlichkeit und Bestimmung durch Erscheinungen freigesprochen werden müssen“ (568 f.).

<sup>581</sup> Zur Synthese im Gehirn des Menschen: Zippelius, *Recht*, 1996, 371 u. Hinw. auf Seitelberger, *Grundlagen*, 1981, 35 ff., sowie Seitelberger, *Aspekte*, 1980, 687: Freiheit liegt in der „Kreation der zur Wahl stehenden Alternativen“.

Der Motivationsdeterminismus stellt auf die inneren Triebfedern für das Agieren ab: Gefühle und Vorstellungen können den Menschen, wie auch das Tier, letztlich leiten. Dass er natürliche Bedürfnisse befriedigen muss, ist unbezweifelbar, aber auch der Umstand, die Gemeinschaft mit anderen nicht zum eigenen Nachteil zerstören zu dürfen, kann ihn zu sozialem Verhalten veranlassen.

*Fazit:* Es wird also heftige Kritik an der Metaphysik geübt und es werden zugleich deterministische Alternativen angeboten. Nur ist festzustellen, dass ihre Vertreter zumeist Ersatzlösungen anbieten, die eine *ähnliche Funktion* erfüllen wie sie der herkömmliche Schuldbegriff. Dessen Aufgabe, zwischen Tat und Täter eine Beziehung herzustellen, muss also gewährleistet bleiben.

An die Stelle des Subjektbegriffs im Sinne des Art 1 I GG treten die *Person* und ihre Persönlichkeit, es sind lebende *Systeme* oder auch die *Akteure*, die motivierbar sind. Sie lassen sich überwiegend als aktive Personen im Sinne des Art 2 I GG verstehen, die von anderen Akteuren als solche anerkannt werden.

Ob wir aber den Menschen als *autonomen Subjekt* begreifen oder ob wir uns Wechselseitigkeit die rollenhafte *Personalität* zuerkennen, ist nicht von überragenden Bedeutung. Die Subjektidee bildet einen idealistischer (deutscher) Ansatz; der personale Gedanke beruht auf einer (eher angloamerikanischen) liberaler Haltung, Sie kann auch sozial-liberal und partizipativ ausgeformt sein (Mitglieder als Teilhaber an der Gemeinschaft). Aber die Idee von Freiheit ist jeder *liberalen* Perspektive eigen.

Was fehlt ist ein rein *passivisches und fatalistisches Modell*, nach dem alles *rein physikalisch* zu betrachten ist. Es „wird“ und „vergeht“ alles, weil seit dem Urknall etwa, alles miteinander zusammenhängt. Alles ist Teil eines blinden *kybernetischen Netzwerks* samt Zufallsgeneratoren ist. Alle Gemeinschaften bilden nur blinde Schwärme, sodass auch das Erleiden von Strafe, wie das Fühlen ansonsten, nur auf elektrische Feuerwerke zurückzuführen sind.

Strafe ist danach weder sinnhaft noch nützlich, sondern reine Physik und notwendige Folge von deren Gesetzen.

Unsere Sprache kennt nicht nur das Aktiv und den Akteur, sondern auch das Passiv und das Objekt sein.

Aber auch dann „sind“ alle physikalischen Einheiten und sie sind vor allem deshalb *existent*, weil sie *träge* sind und damit *Widerstand* gegen ihren Zerfall (auf Zeit) üben. Aus diesem physikalischen Wesen der Körper oder Massen ergibt sich das Modellbild des Akteurs und in der nächsten Stufe dann, dass des Subjekts, dem wir Selbstbewusstsein, ein Selbst und auch Willensfreiheit jedenfalls als zuschreiben (können). Das Zuschreiben erlaubt dann eine.

kooperative und kommunikative- subsystemisch-kybernetische oder auch kulturell-soziale *Binnenwelt der kollektiven Trägheit* aufzubauen und zu erhalten.

Einen Weg zu einem rein physikalischen Modell weist die Neurophilosophie auf, nur auch sie muss klären, ob sie ohne die Idee von der Person auskommen:

## **II. Neurophilosophie und deren Kritik: Unberechenbarkeit von komplexen Systemen, Gefahr des Naturtotalitarismus (*Fischer*), Aufbau schuld analoger Erwartungssysteme**

*Neurophilosophie*<sup>582</sup>- die Ausgangslage. Hirnforscher und mit ihnen Neurophilosophen fragen sich derzeit vor allem, ob etwa mit dem Experiment von *Libet* nicht der Determinismus empirisch *nachgewiesen* ist. Danach wäre dann auch nicht einmal mehr eine Fiktion der Willensfreiheit möglich. Diese Erkenntnisse hat zurecht auch die Strafrechtswissenschaft in Aufruhr versetzt.<sup>583</sup>

Denn es scheint nach dem bekannten *Libet*-Experiment, das frühzeitige elektrischen Aktivitäten ergäben, dass das Gehirn schon die Entscheidungen treffen, deutlich *bevor* sie dem Menschen bewusst sind. Das Gehirn datiere sein nachfolgendes Bewusstsein von seiner Entscheidung sogar zurück.

Danach stelle das Bewusstsein des Menschen, selbst zu handeln, nur eine biologisch hilfreiche *Täuschung* dar. Allerdings dauere es für die schnellen elektrischen Reize auch noch erstaunlich lange, bis der Körper das Geforderte ausführe, sodass dem Bewusstsein des Menschen möglicherweise dann, wie nachdrücklich herauszustellen ist, wenigstens noch eine Art von *Vetorecht* eingeräumt sei<sup>584</sup>. Weitere Experimente etwa von *Haynes* verfeinern dabei *Libets* Ergebnisse.<sup>585</sup>

---

<sup>582</sup> Überarbeiteter Text aus: Montenbruck, Präambel-Humanismus, Zivilreligion I, 2015, 12. Kap. III.

<sup>583</sup> Siehe etwa mit drei verschiedenen Ausrichtungen in Goltdammers Archiv: Jäger, Willensfreiheit, GA 2013, 3 ff. („Kausalität und Determination – Stirbt das moderne Schuldstrafrecht durch die moderne Gehirnforschung?“); Crespo, Kompatibilismus, GA 2013, 15 ff. („Humanistischer Kompatibilismus“ – Ein Versöhnungsvorschlag zwischen Neurowissenschaften und Strafrecht“); Weißer, Bettina, Konzept, GA 2013, 26 ff. („Ist das Konzept strafrechtlicher Schuld nach § 20 StGB durch die Erkenntnisse der Neurowissenschaften widerlegt?“).

<sup>584</sup> Libet, *Mind*, 2004/ 2007, 172; Chun/Brass/Heinze/Haynes, *determinants*, 2008, 543 ff. , 543 ff

<sup>585</sup> Roskies, *Neuroscience*, 2010, 109 ff. , 109 ff. Siehe zur deutschen Diskussion vor allem: Singer, *Problem*, 2009, 233 ff. , 223 ff.

Der Determinist *Prinz* erklärt deshalb: „*Wir tun nicht, was wir wollen ..., sondern wir wollen, was wir tun.*“<sup>586</sup>

Das Schuldstrafrecht beruhe, wie der Psychologe *Markowitsch* meint, folglich auf einem *Volks glauben* und unsere angeblichen Erfahrungen seien allenfalls mit der Alltagspsychologie zu begründen.<sup>587</sup>

Der Hirnforscher *Roth*<sup>588</sup> fordert konsequenterweise ein reines *Präventionsstrafrecht*, etwa im Sinne der heutigen deutschen Maßregeln der Besserung und Sicherung, das ein präventives Sonderrecht für Geisteskranke schafft und auch die zusätzliche Sicherungsverwahrung gefährlicher Straftäter normiert.

*Thomas Metzinger* erklärt in seiner viel diskutierten Schrift vom „Ego-Tunnel“ radikal, aus der Sicht der Naturwissenschaften sei letztlich *alles Physik*, und zwar alles, was ich sehe und auch mein Selbst. Es existiere alles in Wirklichkeit nicht. Mein Bewusstsein sei eine *Illusion*. Denn: „*Dass etwas auf der Ebene des bewussten Erlebens und auf eine ganz bestimmte Weise erscheint, ist kein Argument für irgendetwas.*“<sup>589</sup>

Die philosophische *Phänomenologie* begnügt sich allerdings schon länger mit eben diesen *Erscheinungen*. So dass sich eigentlich sogleich die grundsätzliche Frage stellt, was ist denn überhaupt das Etwas oder eben auch das „Sein“?

*Besonderheit Veto-Elemente des bewussten Korrigierens*. Aus der empirischen Sicht ist außerdem auf *Hoppe/Elger* hinzuweisen. Sie betonen zum einen aus der gemischten „psychophysiologischen Sicht“ das Veto-Element bei *Libets* Untersuchungen, das in den Studien zumindest bei einigen Probanden sichtbar geworden sei.<sup>590</sup> Das alte „Nachdenken“ bleibt also danach schon einmal im Spiel.

Aus philosophischer Sicht handelt es sich beim Veto-Element um den Raum für den Einsatz der Vernunft. Gemeint ist etwa die Freiheit im Sinne von *Locke*: Wir vermögen vor dem Handeln innezuhalten und die geplante Handlung mit

---

<sup>586</sup> Prinz, Mensch, 2003, 18 ff. (unter dem Titel „*Der Mensch ist nicht frei*“), Prinz, Freiheit, 1996, 86 ff., 98 („*Wir tun nicht, was wir wollen ..., sondern wir wollen, was wir tun.*“).

<sup>587</sup> So aus der Sicht der physiologischen Psychologie: Markowitsch/ Siefer, Tatort, 2007, 218.

<sup>588</sup> Roth, Gewaltstraftäter, 2012, 89 ff., 102.

<sup>589</sup> Metzinger, Ego-Tunnel, 2009, 192.

<sup>590</sup> Hoppe/Elger, Neuro-Philosophie, 2012, 259 ff., 277 ff. „*Empirische Studien zur Willensfreiheit*“, 278: „...eine psychophysiologische Entität“, ... „mentale und physiologische Ebenen“ sollten nicht gegeneinander ausgespielt werden. Hinzu komme der „*Libet Befund eines „Veto“ nach dem Einsetzen des Bereitschaftspotenzials bei einigen seiner (Libets) Probanden...*“



der Moral und den Eigeninteressen abzugleichen.<sup>591</sup> Das praktische (deutsche) Strafrecht kennt seit mehr als hundert Jahren die Rechtsfigur der „Rücktritts vom Versuch“, § 24 StGB, die zur Strafflosigkeit desselben führt. Mit dieser, so eine von mehreren Begründungen, solle dem Täter eine „goldene Brücke“ gebaut werden.

*Neurophilosophische Deutung der Willensfreiheit.* Fachwissenschaftlich in beide Richtungen, der Neurologie und der Philosophie, bestens abgesichert, nehmen Pauen und Roth<sup>592</sup> den interdisziplinären Blickwinkel der „Neurophilosophie“ ein. Sie suchen auf diese Weise auch das Phänomen der Willensfreiheit in naturalistischer Weise zu erläutern. Aus ihrem Ansatz sind einige Aspekte herauszugreifen. So erklären sie schlüssig, gehe man nicht von der Existenz eines immateriellen Geistes aus, „*müssen unsere Wünsche und Überzeugungen durch neuronale Prozesse in unserem Gehirn realisiert werden*“. „*Selbstbestimmung basiert also auf bestimmten neuronalen Aktivitäten*“.

Aber dann gibt es für den Menschen zumindest das Modell der Selbstbestimmung und damit auch eine Art von eingebildetem Selbst, und zwar sogar als eine evolutionäre Entwicklung der *Natur*.

Weiter ist zu prüfen, wie sich denn etwa bekannte Biophilosophen wie Pauen und Roth<sup>593</sup>, die der Philosophie offen gegenüber stehen, zur Willensfreiheit äußern.

Sie bieten in einer Schrift, wie sie in deren Untertitel erklären, eine „*naturalistische Theorie der Willensfreiheit*“ an. Sie meinen, „*personales Verhalten*“ funktioniere nur im Kontext der eigenen „*emotionalen Erfahrungen*“. Diese Erfahrungen könnten allein als reflektierte nachvollziehbar und insofern dann auch „*handlungsleitend*“ sein.

---

<sup>591</sup> Locke (Meiner), Versuch, 1690/2006, Buch 2, Kap. XXI, 40 ff.

<sup>592</sup> Pauen/Roth, Freiheit, 2008, 168. Die Autoren gehen von einem Vier-Ebenen-Modell aus, in dem sie aber ebenfalls den Gehirnaufbau und die Persönlichkeitsstruktur des Menschen aufeinander beziehen (99 ff.): (1) Urhirn, als Lebens- und Überlebensbedürfnis, inklusive einer entsprechenden Affektstruktur, (2) die mittlere limbische Ebene, die die emotionale Konditionierung vollzieht, (3) die bewusste limbische Ebene, die für Erziehung und Sozialisierung im Nahbereich von Familie, Freunden und Schule zuständig sei, (4) die rational kommunikative Ebene. Alles ist aber miteinander hochkomplex vernetzt. Pauen und Roth fügen demgemäß auch an (169), das alles ergebe ein „*multizentrisches Netzwerk, das der Entscheidungen und Handlungssteuerungen*“, und zwar „*entlang der drei Achsen*“ (1) „*bewusst-unbewusst*“, (2) „*rational-emotional*“ und (3) „*individuell-sozial*“.

<sup>593</sup> Pauen/Roth, Freiheit, 2008, vgl. etwa 16 ff.

Doch die kulturelle Bedeutung der Willensfreiheit zeigt sich unter anderem bei der für die Begründung der Strafe in Deutschland so essentiellen Schuldidee. Dazu führen die beiden Autoren aus,<sup>594</sup> dass sich die Schuld eines Straftäters daraus ergebe, dass und wenn die Person im Stande gewesen sei, anders zu handeln (!), womit beide Verfasser zugleich den Kerninhalt der deutschen strafrechtlichen Schuldidee wiedergeben.<sup>595</sup>

Philosophisch argumentieren sie dann, wenn sie sich zudem an Thesen von *Stephen Darwall* anlehnen und meinen, die Schuld sei auf die Wechselseitigkeit zwischen dem Du und dem Ich angelegt, „*wenn wir bezüglich des Verhaltens und der Absichten des Anderen Ansprüche erheben und anerkennen*“.<sup>596</sup> Damit gelangen sie immerhin zu einer Art von zumeist intersubjektiver Zuschreibung. Die Frage, ob die Ansprüche auch berechtigt sind, weil Menschen im Willen frei sind und sich für oder gegen das Recht entscheiden können, bleibt zwar offen. Sie wird auch nicht einmal ausdrücklich fingiert. Danach könnten wir uns auch wechselseitig versichern, dass Menschen Bündnisse mit dem Teufel schließen und Hexenwesen existierten. Dieser Ansatz erlaubt deshalb offenbar den Verzicht auf die innere Seite der Menschenwürde. Sie bedeutet schlicht den (eher) angloamerikanischen Rückgriff auf den vor allem intersubjektiven Personenbegriff. Aber dahinter steckt dennoch das alte liberale Verfassungsmodell des wechselseitigen Freiheitsverzichts.

Die Autoren greifen also zumindest insofern auf die Idee der Freiheit zurück, als *Pauen* und *Roth* sie wechselseitig zuerkannt wissen wollen. Man müsste nur anfügen, dass neben der Ich-Du-Beziehung offenbar doch auch ein „Wir-Bild“, etwa als „We, the people“ existiert, dass beinhaltet, das „wir“ uns zumindest auf der politischen Ebene zur Idee der „Freiheit“ bekennen. In einem solchen Wir-Konsens erwächst die Freiheit dann zu einer, unsere Wir-Identität begründenden höchsten Leitidee, die wir zu einem festen und fundamentalen Glaubenssatz erhoben haben (müssen).

Wenn *Hans-Peter Krüger* aus der Sicht der Hirnforschung schließlich danach fragt, ob das Hirn etwa ein Subjekt sei und er die Idee der Subjektivität lediglich als eine immer noch „*dominante kulturelle habtualierte Erwartung*“.<sup>597</sup> begreift, dann ist doch immerhin offenbar das Hirn als Schöpfergeist aufgetreten

---

<sup>594</sup> Pauen/Roth, Freiheit, 2008, 141 ff.

<sup>595</sup> So etwa Hörnle, Kriminalstrafe, 2013, 52 ff.; Darwall, Second-Person, 2006, 3.

<sup>596</sup> Hörnle, Kriminalstrafe, 2013, 52 ff., 79 (In ihrem Schlusswort bietet sie „Ein Plädoyer für Änderungen in der strafrechtlichen Verbrechenslehre“ und „rekonstruiert das plausibelste Modell menschlicher Entscheidungsfindung“ und dazu „spricht sie sich für einen Verzicht auf einen Schuldvorwurf aus und dafür, dass der Tätern gemachte Vorwurf konsequent auf das Tatenrecht zugeschnitten werden müsse.“ (aus dem Abstrakt).

<sup>597</sup> Siehe dazu den Sammelband mit dem Obertitel „Hirn als Subjekt?“, dazu etwa Krüger, Hirn, 2007, 61 ff.

und hat beides, die Idee der Subjektivität und diese kulturelle Erwartung auf kreative Art hervorgebracht. Steckt aber hinter diesem Hirn eine biologische Evolution, so ist es also die Natur, die derartige Idee und eine solche Erwartung zumindest vorprogrammiert hat. Insofern erweist sich dann die Idee der Subjektivität des Menschen als eine nützliche Kreation der Natur.

Das Hirn entwickelte also - danach – zumindest die (*Hilfs-*) *Idee* der Subjektivität, die immer auch die Unterwerfung von Objekten impliziert, also damit auch die Abstraktion des Naturforschers von den Dingen ermöglicht. Und das Hirn des Menschen befand es auch für nötig, die kollektive Fiktivität von Kulturen auszuprägen, welcher Art auch immer. Kulturen müssen aus biologischer Sicht dann aber möglichst der Erhaltung der Gene oder bestimmter Populationen dienen oder deren Untergang in Kauf nehmen. Es handelt sich um dasselbe bereits uralte Hirnteil, das über die Augen auch die *bunten Farben* erschafft, in dem es sie, statt Schwarz-Weiß-Grau, wie bei der Nachtsicht, am Tage für bestimmte Frequenzen des Lichts bereit hält. Gibt es also die Farben, die die Natur für die Blüten und Früchte auszuprägen scheint, wirklich oder nur in unseren Kopf und im Hirn derjenigen Lebewesen, die mit uns die Farben unterscheiden können? Eines aber ist für die Biologen offenkundig, diese Eigenschaften hat „die Natur“ für sich selbst entwickelt.

Das Hirn ist -danach- zwar kein Selbst-Subjekt, aber es ist offenbar doch ein *Organ*, das sich in (sub-) systemischer Weise selbst organisiert und damit zwangsläufig eine Art von Selbst, etwa im Sinne einer Identität, entwickelt. Der Mensch, den es steuert, erscheint anderen Menschen (und anderen Lebewesen) gegenüber als ein nicht völlig berechenbarer „Akteur“. Die Komplexität des Hirns ist zudem derart umfangreich, dass sich schon daraus ein erhebliches Maß an Autonomie ergibt. Denn das Hirn arbeitet trotz aller Unterzentren immer auch als eine Einheit. Mehr noch, es ist auf eine Art von „Transzendenz“, etwa als Ausformung der (natürlichen) Emergenz, ausgerichtet, indem es bereit ist, sich ständig zu verändern. Diese Art von Freiheit ist ihm also, wie im Übrigen abgestuft jedem sich selbst organisierenden Lebewesen, eigen.

Aus der Fähigkeit zur (bewussten) Reflexion kann man zwar die menschliche Willensfreiheit ableiten. Damit begibt man sich auf den alten philosophischen Hauptweg der Moderne. Das Denken, also die Reflexion, verschafft dem Menschen seinen Status als (Ich-) Subjekt. Aber aus der Sicht des Determinismus könnte man dem leicht entgegenhalten, dass, wenn auch immer andere Antriebskräfte mitwirken, der empirische Nachweis der Freiheit, zumal derjenige für diese konkrete Tat, eben doch nicht möglich sein kann. Die Idee der Freiheit bildet eine Art der „Deutung“ unserer Wahrnehmungen. Die dafür wohl zuständige vordere Gehirnhälfte gehört aber eben auch zum festen Angebot unseres Gehirns.

Der philosophische Anthropologe *Keil*, der die Determinismuskussion aus der Sicht der Philosophie ausführlich dokumentiert und deren Argumente gut ordnet, wählt eine Art von drittem Weg, die er an besonders eingefärbten *Begriffen* ausrichtet. Er erklärt unter anderem: „*Ich übernehme ... aus Traditionsgründen die Bezeichnung »Willensfreiheit«, an der mir nicht viel liegt, behalte mir aber vor, das Attribut »frei« auf anderes als den Willen oder den Willensbildungsprozess anzuwenden, beispielsweise auf die wollende Person, insofern sie bestimmte Fähigkeiten hat. Dürfte man noch einmal von vorn anfangen, so würde man sowohl den »Willen« als auch seine »Freiheit« auf sich beruhen lassen und statt dessen die einschlägigen Fähigkeiten möglichst genau zu beschreiben*“. *Keil* erläutert dann. Das „*Ausführen oder Tun hat selbst keine kausale Binnenstruktur mehr. Alles, was ein Akteur dazu tut, dass seine Handlung geschieht, geht mit dem physiologischen oder behavioralen Ereignissubstrat seines Tuns schon einher, kann es also nicht verursachen.*“

Auch verweist *Keil* -zurecht- auf die *Unvollkommenheit* alle physikalischen Gesetze, alle kennen Ausnahmen. Er sieht derart *pragmatisch* auch die begrenzten *Grundfähigkeiten* des vernünftigen Menschen: „*Dem besten aktuellen Urteil zuwiderzuhandeln ist irrational, weiter zu überlegen selbst bei guten Gründen ist es in der Regel nicht.*“ Im Weiterdenken (-Können) liegt also vor allem die Freiheit des Menschen. Für den Täter heißt dies: Achtung, welches sind eigentlich die für mich guten Beweggründe für dieses Tun, kann und sollte ich nicht anders handeln, welche Wahl habe ich?

Letztlich handelt es sich dabei entgegen *Keils* eigener Ansicht doch um eine Art des *Kompatibilismus*, er reduziert den herkömmlichen aber recht vagen Freiheitsbegriff, den er dann verabsolutiert. Der Dualismus von Ideen und Natur (Sollen und Sein, Geist und Körper, Subjekt und Objekt etc.) schließen einander nicht aus, sondern sind „irgendwie“ mit einander vereinbar. Es handelt sich um eine Art von *Vereinigungstheorie*. Es ist (zumindest) der einzelnen Mensch, der *homo sapiens* (*sapiens*) und es sind seine Gesellschaften, die beiden Welten der Ideen und der Natur *in sich selbst und in ihrem Selbst beziehungsweise ihrer Kultur* zusammenfügen (müssen), Mehr noch aus, aus eben dieser *Dialektik* ziehen, also durch beides nicht voll gezwungen zu sein, weder durch die innere Vernunft noch durch die äußerer Natur, beziehen die Menschen ihrer Art von Freiheit.

*Strafrechtswissenschaft und Neuropsychologie*. Was ist also umgekehrt aus der Sicht der Strafrechtswissenschaften von der Neuropsychologie zu halten? Ist sie nicht wenigstens kulturell akzeptiert und bildet insofern eine sozialreale Erscheinung?

*Schiemann* und *Hörnle* etwa stützen ihre Deutungen auf die Determinismusthese in Anlehnung an das *Libet-Experiment*. Sie bieten dafür aber immerhin *personalen Anerkennungslehren*; dasselbe gilt für den Philosophen *Pauen*, der mit dem Hirnforscher *Roth* zusammen gearbeitet hat.

Obgleich selbst Determinist, lehnt *Herzberg* die Neuropsychologie, etwa von *Singer*, streng ab. Es gebe immer viele, auch weit vor der Tat liegende (deterministische) Gründe, die das Verhalten eines Menschen beeinflussten. Nur

auf den *einen Tatimpuls* abzustellen, sei jedenfalls für das Strafrecht und die Idee der Willensfreiheit falsch.<sup>598</sup>

Mit *Thomas Fischer* ist auf das Problem der *Unberechenbarkeit und Komplexität* menschlichen Verhaltens hinzuweisen<sup>599</sup>, mit dem jeder Determinismus *faktisch* an Grenzen stößt. „Die Kausalität... darzulegen ist eine Aufgabe von ähnlicher Komplexität wie die Gesamtdarstellung des *globalen Wetters*, sie würde (mindestens!) die Quantifizierung einer prinzipiell unendlichen Anzahl von Bedingungen mit einer *unendlichen* Anzahl von Wechselwirkungen erfordern; überdies müsste sie über perfekte Modelle für das dynamische Funktionieren *chaotischer Systemen* verfügen“. Er rügt auch folgerichtig, dass es sich am Ende um eine „*letztlich totalitäre „Natur“-Vorstellung*“ handele, also eine absolute Letztbegründung.

Als Alternative verwendet auch *Thomas Fischer* einen sozialen Ansatz, mit dem er die Schuldidee ummantelt: „Die Zuschreibung von Verantwortung im Begriff der Schuld ist eine *Methode* der Herstellung von Erwartungssicherheit, nicht ihrerseits ein Prozess der Natur-Erkenntnis...“. Und er fügt etwas später an: „Sie beruht auf der *kommunikativen* Struktur jeder menschlichen Gesellschaft.“<sup>600</sup> Er verwendet also andererseits systemische Begriffe wie Erwartungssicherheit.

Immerhin, mit anderen Worten, Schuld und Verantwortung sind Teil der Kultur *jeder* menschlichen Gesellschaft. Ob wir als Menschen wirklich nicht anders als in dieser Weise (Methode) in Gemeinschaften leben können, sollte offenbleiben, aber wir verfügen zumindest im Westen über eine *Kultur der Freiheit*.

*Hilgendorf* hat die neurophilosophischen Argumente durchleuchtet. Er rügt -zu Recht- auch die fehlende Schlüssigkeit der vor allem neurophilosophischen Konzepte und beschäftigt sich eingehend mit den Grundlagen und den Folgerungen von *Libet*, *Singer*, *Prinz*, *Roth* und *Markowitsch*.<sup>601</sup>

Sein Fazit lautet ganz im Sinne der bisherigen herrschenden Ansicht<sup>602</sup>: „*Dass es Willens- und Handlungsfreiheit...nicht gibt, ist nach allem durch die von den auch dies behauptenden Hirnforschern herangezogenen Experimente und Beobachtungen (bisher) nicht erwiesen*“. Und er bleibt dabei, es zeige sich im

---

<sup>598</sup> Herzberg, Willensunfreiheit, 2010, 3, anders dagegen Schiemann, Willensfreiheit, ZJS 6/2012, 774 ff., 774, die zustimmend auf den Determinismus von Singer verweist.

<sup>599</sup> Fischer, StGB-Kommentar, 2017, Vor § 13, Rn 10, zudem Rn 8 ff., und zur Schuld: § 20, Rn 3.

<sup>600</sup> Fischer, StGB-Kommentar, 2017, Vor § 13, Rn 10.

<sup>601</sup> Hillenkamp, Hirnforschung, ZStW 2015, 12 ff. („Hirnforschung, Willensfreiheit und Strafrecht – Versuch einer Zwischenbilanz“), insbesondere 14 ff., 26 ff.

<sup>602</sup> Hillenkamp, Hirnforschung, ZStW 2015, 12 ff., 80, 82

Gegenteil eine „von uns Allen alltägliche erfahrene, gewissermaßen notorische Lebenswirklichkeit“, die sich auch „als Schlussfolgerung aus ... Experimenten von Forschern wie Libet oder Herrmann“ ergebe.

Daher entstünde das „letztlich unaufhebbare non liquet in der Beweislage“; aus diesem heraus „hat sich das Rechtssystem Deutschlands für die Annahmen von (Willens-) Freiheit entschieden“.

Nur es bleibt dabei, auch aus seiner Sicht dient die Schuldstrafe der *Begründung* der Strafe, viel leichter fällt aber eine solche rechtskulturelle *Unterstellung*, wenn sie, wie hier vertreten, sich nur zugunsten des Täters auswirkt, weil die Gerechtigkeitsidee, etwa als Tatvergeltung, die Strafe bis hin zur Todesstrafe begründet, und es die humanistischen Grund- und Menschenrechte sind, in Deutschland vor allem Art. 1 I GG, die eine erhebliche *Milderung* bewirken.

*Fazit.* Beim *Libet*-Experiment handelt es sich um elektrische, also physikalischen *Messungen*, sodass die *Physik* schon gleich mit absolut gesetzt ist. (In der Quantenphysik ist es sogar die gewählte Methode des Beobachters und der die Ergebnisse mitbestimmt). Die *Psychologen* wollen Menschen vor allem von außen motivieren und die *Mediziner* wiederum sehen in ihrem *Fach* den Menschen *passivisch* als Patienten und bestenfalls als ein lebendes System, aber nicht vorrangig als geistvolles Wesen. Die *Neurophilosophen*, die von den Geistes- oder wenigstens von den Sozialwissenschaften her kommen, führt der Weg aber schon wieder zur Idee von der *Person*.

Die Grundfrage lautet gibt es also gibt es den *Dualismus* und also neben der Physik, und dem physikalischen Determinismus, auch die Metaphysik des freien und kreativen menschlichen Geistes? Oder kann den Streit offenhalten und sich ansonsten vielleicht ein vermittelndes Drittes einigen?

### **III. Vermittelnde Sicht: Reduktion der Komplexität und Selbstorganisation, Keils Grundfähigkeiten, symbolische Kultur (Cassirer, Lenk) als Illusion**

Allerdings kann die *Straftheorie* nicht abschließend gegen die neurophilosophischen Thesen auflösen. Sie kann sich nur an der Diskussion *beteiligen*.

Auch geht es um die gesamten *Naturwissenschaften*. Sie gehen im Sinne von *Metzinger* durchweg davon aus, dass die Natur sich im Sinne der Physik mit kausalen Gesetzen gleichsam vom Urknall her entwickelt. Die

Kausalbedingungen mögen im Sinne der Chaos-Rand-Theorie<sup>603</sup> hoch komplex sein. Die Spezies Mensch mag deshalb und gerade zur *Reduktion der Komplexität* im Alltag die Idee eines *freien Geistes* als *Urheber* entwickelt haben. Es handelt sich dann eben nur, aber immerhin um eine *menschliche Erfindung*. Die Fähigkeit dazu, die dann allerdings unsere *Genetik* vorgeformt hat, stellt vermutlich den Ausgleich dazu dar, dass der Mensch weit weniger durch genetische Vorprogramme bestimmt ist, als selbst seine nächsten Verwandten aus der Gruppe der Primaten. Willensfreiheit gibt es also nicht, aber die Spezies Mensch hat die Idee vom *freien Geist* (als externe Geisterwelt oder als eigenen Geist) mit seiner natürlichen Kreativität und Vorstellungskraft ausgeformt. Man kann es plakativ eine „Illusion“<sup>604</sup> nennen, auch wenn dieses Wort negativ eingefärbt ist.

Die physikalische Art der Gerechtigkeit finden wir dann im Prinzip von *Druck und Gegendruck*. Der Wort „Repression“ greift dieses Bild zu Recht auf, auch wenn es negativ eingefärbt ist, weil es häufig mit totalitären Herrschaftsformen verbunden wird. Gemeint ist hier aber auch nicht mehr als die einfache Gerechtigkeit, in dem die Höhe der Energie der Repression bestimmt wird durch einen (fiktiven, weil hoch reduzierten) Einzelakt. Welche Richtung die Reaktion nimmt, ist in einem Zwei-Akteure-Modell einfach, es gilt das Verursacherprinzip. Aber die Rückwirkung ist in der hochkomplexen Wirklichkeit von gesamten Netzwerken noch nicht einmal offenkundig. Wie bei der ersten der angestoßenen Kugeln, die alle an einem Pendel hängen, kann die Energie auch erst einmal nach hinten weitergereicht werden.

Wir kennen diese Vereinfachung der Wechselseitigkeit auch als Grundregel der physikalischen Gleichungen und zudem in der mathematischen Spieltheorie als die „Tit for Tat“ Strategie des alten „do ut des“, das mit dem kooperativen Geben beginnt und auch die Evolution der Gesellschaften und aller komplexen Systeme miterklärt.

Alle Systeme versuchen sich auf diese Weise selbst zu stabilisieren. Zerfallen sie aber, so geschieht dies immer noch im Dienste eines höheren Systems. Der Mensch, so scheint es, kann seinen größeren Systemen, den Lebensgemeinschaften und deren Kulturen, im Interesse einer höheren Idee, wie

---

<sup>603</sup> Siehe zu dieser Brücke zwischen den Geistes- und den (mathematisch-physikalischen) Naturwissenschaften unter dem Titel „Willensfreiheit und deterministisches Chaos“ Sauter, Willensfreiheit, 2013, 138 f. (Er selbst bleibt offen in der Willensfreiheitsfrage, weil ihm die „Lücke“ zwischen dem Begriff des Bewusstseins und den noch unbestimmten neuronalen Vorgängen noch zu groß erscheint).

<sup>604</sup> So stellt auch der katholische Theologe Schockenhoff in einem Vortrag die Frage: „Beruht die Willensfreiheit auf einer Illusion? Hirnforschung und Ethik im Dialog“, Schockenhoff, Willensfreiheit, 2004

die der mit Vernunft begabten Menschheit der Nächsten, auf die einfache blinde nachträgliche Reaktion verzichten oder sie zumindest abschwächen und so human wie möglich verändern. Auch die Naturalisten und alle sozialen Funktionalisten stoßen also ständig auf das, was die Ethiker als strenge Gerechtigkeit, als Wechselseitigkeit bezeichnen. Sie entweder sozial oder humanethisch abzufedern, ist nützlich und sinnvoll. Nützlich ist sie für das höhere System, das sonst zerfallen würde, und sinnvoll für eine höhere Idee, wie die Freiheit und Würdigkeit eines jeden Menschen. Motivatorisch betrachtet sind es Empathie und Sympathie, die uns dabei helfen, sie ergeben sich aus der Spiegelung des Nächsten und auch des Netzwerks der Nächsten in uns selbst, die uns befähigen, den und die Anderen zu respektieren und damit (auch) unser Selbst auszuformen.

Hinzuweisen ist auch darauf, dass das Reden von der „Willensfreiheit als staatstragender *Fiktion*“ schon den Aspekt der möglichen Unwahrheit miteinschließt. Insofern handelt es sich bei ihr auf den zweiten Blick auch nicht einmal um eine *Selbsttäuschung*.

Vielmehr bildet die Idee von der Freiheit aus Sicht der *Vernunft* etwa für *Kant* auch nur ein *unbegründbares Axiom*. Praktisch gesehen entspringt sie nur einer „Freiheitserfahrung“, die zugespitzt auch als bloßes Freiheitsgefühl gedeutet werden kann. Auch geht die wohl vorherrschende Philosophie ohnehin, jedenfalls mit *Kant*, bescheiden davon aus, dass es gänzlich verborgen ist, wie groß die „reine Wirkung der Freiheit“ und wie viel „der bloßen Natur“ zuzuschreiben ist.<sup>605</sup>

Der Abstand zur deterministischen Lesart, dass die Freiheit also eine offenbar kulturell nützliche „Selbsttäuschung“, besser eine „Selbstkonstruktion“ des Menschen ist, ist damit schon einmal nicht groß. Im Übrigen ist das Wort von der Täuschung schon wieder der Ethik entnommen. Die Natur „täuscht“ nicht, sondern sie eröffnet, ganz im Sinne des Utilitarismus, verdeckte Vorteile, die aus der Sicht des *Libet*-Experiments sogar der Mensch selbst zum Zwecke seiner noch besseren Selbstorganisation aufgedeckt hat. Auch ist er sich zumindest seit *Kant* seiner Selbstorganisation bewusst. Seine Schöpferkraft bestätigen viele Religionen. Aus diesem Grunde machen sie den Menschen auch für verbotenes Tun haftbar und verlangen zum Ausgleich Opfer und Respekt.

---

<sup>605</sup> Kant, r. Vernunft, 1787, AA, III, 373: „Die eigentliche Moralität der Handlungen (Verdienst und Schuld) bleibt uns daher, selbst die unseres eigenen Verhaltens, gänzlich verborgen. Unsere Zurechnungen können nur auf den empirischen Charakter bezogen werden. Wie viel aber davon reine Wirkung der Freiheit, wie viel der bloßen Natur und dem unverschuldeten Fehler des Temperaments oder dessen glücklicher Beschaffenheit (*merito fortunae*) zuzuschreiben sei, kann niemand ergründen und daher auch nicht nach völliger Gerechtigkeit richten.“



Mit neuronalen Zentren, also vor allem dem Gehirn, schaffen die höher entwickelten Lebewesen sich gesamte „Innenwelten“. Diese ermöglichen es ihnen, eine Art von „Selbst“ zu *organisieren*.<sup>606</sup> Dieses vernetzte Selbst können wir als unsere *individuelle Kultur* begreifen. Ihr entspricht dann die *kollektive Vernetzung* als Kultur einer menschlichen Gemeinschaft. Beides überwölbt und durchdringt dann aus der Sicht der Naturalisten, der hier versuchsweise weiter zu folgen ist, am Ende das systemische Prinzip der Vernetzung.

Der philosophische Anthropologe Keil, der die Diskussion aus der Sicht der Philosophie ausführlich dokumentiert und deren Argumente gut ordnet, wählt eine Art von drittem Weg. Er erklärt unter anderem: „*Ich übernehme ... aus Traditionsgründen die Bezeichnung »Willensfreiheit«, an der mir nicht viel liegt, behalte mir aber vor, das Attribut »frei« auf anderes als den Willen oder den Willensbildungsprozess anzuwenden, beispielsweise auf die wollende Person, insofern sie bestimmte Fähigkeiten hat. Dürfte man noch einmal von vorn anfangen, so würde man sowohl den »Willen« als auch seine »Freiheit« auf sich beruhen lassen und statt dessen die einschlägigen Fähigkeiten möglichst genau zu beschreiben*“.<sup>607</sup> Er erläutert dann. Das „*Ausführen oder Tun hat selbst keine kausale Binnenstruktur mehr. Alles, was ein Akteur dazu tut, dass seine Handlung geschieht, geht mit dem physiologischen oder behavioralen Ereignissubstrat seines Tuns schon einher, kann es also nicht verursachen*“.<sup>608</sup> Ihm geht es ausdrücklich nicht mehr um das Tun eines Akteurs, sondern setzt auf eine „*nichtdeterministisch verstandenen Ereigniskausalität*“.<sup>609</sup>

Dieser Ansatz bereitet Mühe, wenn man gewohnt ist, von Handlungen auszugehen.

Er sieht derart pragmatisch auch die begrenzten Grundfähigkeiten des vernünftigen Menschen: „*Dem besten aktuellen Urteil zuwiderzuhandeln ist irrational, weiter zu überlegen selbst bei guten Gründen ist es in der Regel nicht*“.<sup>610</sup> Im Weiterdenken (-Können) liegt also vor allem die Freiheit des Menschen, so erklärt er: „*Warum sollte der Umstand, dass mentale Prozesse physisch realisiert sind, dass also in meinem Gehirn etwas vorgeht, während ich etwas denke oder will, meine Freiheit gefährden?*“.<sup>611</sup>

<sup>606</sup> Dazu auch: Singer, brain, 2009, 321 ff.; Roth, Mensch, 1993, 55 ff., 65 (Diese Kombination sei einmalig). Zudem: Roth, Gehirn, 1992, 277 ff. (Die geistigen Fähigkeiten des Menschen seien in sehr vielen räumlich weit über das Gehirn verstreuten Zentren angesiedelt. Es gebe kein „oberstes“ Denk-, Bewusstseins-, Wahrnehmungs- oder Ich-Zentrum.).

<sup>607</sup> Keil, Skizze, (EWE), 2007, Nr. 30.

<sup>608</sup> Keil, Skizze, (EWE), 2007, Nr. 54.

<sup>609</sup> Keil, Skizze, (EWE), 2007, Nr. 53.

<sup>610</sup> Keil, Skizze, (EWE), 2007, Nr. 43.

<sup>611</sup> Keil, Skizze, (EWE), 2007, Nr. 61. Ausführlich: Keil, Willensfreiheit, 2017, Aus dem Inhalt: "5. Skizze eines fähigkeitsbasierten Libertarismus, 5.3 Freiheit als Fähigkeit, 5.5 Strafrechtliche Zurechnung und Schuld, 5.7 Ersturheberschaft, 6. Willensfreiheit und Hirnforschung, u. a. 6.3 Kommt der Wille zu spät?, 6.4 Fehlschlüsse, Missverständnisse, Begriffsverwirrungen, zudem: 7. Alltagsintuitionen, begriffliche Zusammenhänge und Beweislast 7.4 Wovon hängt ab, ob man weiterüberlegt? 7.5 Wer muss die Erklärungslücke schließen? 7.6 Wo bleibt im ereigniskausalen Libertarismus der Akteur?"

Letztlich handelt es sich dabei (doch) um eine Art des Kompatibilismus. Der Dualismus von Ideen und Natur (Sollen und Sein, Geist und Körper, Subjekt und Objekt etc.) schließen einander nicht aus, sondern sind „irgendwie“ mit einander, und zwar hier über die Ereignisse einerseits und das Weiterdenken andererseits, vereinbar.

Gebildet wird also eine Art von Vereinigungstheorie, die Empirie und Freiheit zu verbinden sucht. Auch gibt es Akteure. Es sind (zumindest) der einzelne Mensch, der homo sapiens (sapiens) und seine Gesellschaften, die beiden Welten der gedachten Ideen und der realen Natur *in sich selbst* und *in ihrem Selbst beziehungsweise ihrer sozialrealen Kultur* zusammenfügen (müssen), und zwar nolens, also passivisch, und volens, durch das Weiterdenken. Mehr noch, aus eben dieser *Dialektik* ziehen, also durch beides nicht voll gezwungen zu sein, weder durch die innere Vernunft noch durch die äußere Natur, beziehen die Menschen ihrer Art von Freiheitsbewusstsein.

*Fazit und These:* Dieser Streit um die Willensfreiheit ist nach der hier vertretenen Sichtweise zumindest entschärft. Denn auszugehen ist dabei vom Grundansatz des *Dualismus*, der überdies in eine Triade der Drei-Welten einmündet, der Welt des Geistes, der Welt der Natur und der Mittelwelt der sozialen, der kulturellen und prozessualen Verbindung von beidem. Dieser einfache Dreifaltigkeitsansatz lässt jeder *fachlichen* Sicht weitestgehend ihre Selbstständigkeit.

Die Drei-Welten-Lehre führt auch nicht einmal zu einem klaren methodischen und damit wissenschaftlichen *Kompatibilismus*<sup>612</sup>, also zur Idee der Vereinbarkeit etwa von Sollen und Sein oder von Ideal und Natur.<sup>613</sup> Der postmodern fragmentarische Ansatz lautet vielmehr nur, aber immerhin, dass der „gebildete Demokrat“, also der zivilreligiöse säkulare Mensch „in der Praxis“ und auch nur „irgendwie“ in und mit beiden Welten leben muss.<sup>614</sup>

Er ist gezwungen, sowohl mit den Widersprüchen zu leben, als auch mit den Parallelitäten. Dabei hilft ihm eine entsprechende pluralistische „Kultur“. Er wird sich zum Beispiel sagen, sein Leben sei ein Element des Seins und sein

---

<sup>612</sup> Kant akzeptiert sowohl Determinismus, als auch Indeterminismus: Kant, r. Vernunft, 1787, AA, III, 312 und 367, zudem zur *Parallelität* der beiden Welten, 365: „Die Wirkung kann also in Ansehung ihrer intelligibelen Ursache als frei und doch zugleich in Ansehung der Erscheinungen als Erfolg aus denselben nach der Nothwendigkeit der Natur angesehen werden“. Dazu auch Spohn, Kern, 2012, 71 ff., 75, sowie 72 („Ich gehe von der Grundtatsache aus, dass es einen normativen und einen empirischen Standpunkt gibt. Das ist trivial und unstrittig.“ Allerdings fügt der Philosoph Spohn sofort an: Man kann „selbst als empirischer Wissenschaftler den normativen Standpunkt nicht eliminieren oder auch nur eingrenzen.“ Jener „durchdringt alle menschlichen Angelegenheiten...“). Siehe auch Moore, Grundprobleme, 1953, 132; Bieri, Handwerk, 2001, 80; Dennett, Freedom, 2003 „60.

<sup>613</sup> Zusammenfassend: Merkel, Willensfreiheit, 2014, 39 ff., 118 ff („Drei Grundpositionen: 1. Inkompatibilismus, 2. Kompatibilismus I (freiheitsbejahend). 3. Kompatibilismus II (freiheitsverneinend, aber verantwortlichkeitsbejahend).

<sup>614</sup> Insofern also im Sinne der *Kohärenztheorie* in etwa wie Nida-Rümelin, Vernunft, 2012, 9 ff., 11 f.

Grundrecht darauf dagegen gewiss ein Element des Sollens. Aber irgendwie erscheint ihm sein Recht auf Leben sachgerecht und natürlich, obwohl er weiß, dass auch Sklaverei und Tyrannei dem Menschen nicht fremd sind.

Nur reine Deterministen (oder reine Indeterministen, die dann die Welt vor allem als vergeistigt oder auch beseelt ansehen müssten) können sich diesem *Dreifaltigkeits-Pragmatismus*, der sich zudem ohnehin auch nur als ein Grundmodell für die Komplexität der Gesamtwelt versteht, ganz entziehen. Aber die reinen Naturalisten, wie etwa *Singer* oder *Prinz*, sind dann wiederum solchen naturwissenschaftlichen rationalen Erwägungen gegenüber recht offen, die ihre eigenen Voraussetzungen anerkennen. Die Idee der Willensfreiheit gehört also zu unserer *westlichen Kultur* der Aufklärung.

Sie entspringt der menschlichen Grundfähigkeit, überhaupt *soziale Gebilde* der Kooperation und der Arbeitsteilung zu erschaffen, und zwar vor allem über die *symbolische Sprache* und mit *symbolischen Riten im Sinne des großen Kulturphilosophen Cassirer*<sup>615</sup>, die übrigens jeder einzelne Mensch noch einmal für sich selbst und sein Nächstennetzwerk *individuell* ausformt. Der philosophische Anthropologe *Lenk* begreift den Menschen deshalb zurecht als „animal symbolicum“.<sup>616</sup>

Die Ideen von Willensfreiheit und Anders-Handeln-Können mögen also - zumindest in dieser Form- nicht mit der physikalischen Wirklichkeit übereinstimmen, falls sie sich denn überhaupt kausalistisch ermitteln lassen. Aber schon die Ideen der *Selbstorganisation* und die Notwendigkeit für den Menschen, die *Komplexität* der Welt zu *reduzieren*, stützen den Schuldgedanken der Eigenverantwortung.

---

<sup>615</sup> Cassirer, Versuch, 1944/ 2007, 49 f. Der Mensch: „Er lebt in einem symbolischen und nicht mehr bloß in einem natürlichen Universum. Statt mit den Dingen selbst umzugehen, unterhält sich der Mensch in gewissem Sinne dauernd mit sich selbst. Er lebt so sehr in sprachlichen Formen, in Kunstwerken, in mythischen Symbolen oder religiösen Riten, dass er nichts erfahren oder erblicken kann, außer durch Zwischenschaltung dieser künstlichen Medien“).

<sup>616</sup> Lenk, Vielfachwesen, 2010, 21.

## 14. Kapitel

### Schluss

#### I. Kulturelle Fiktion genügt

Rückblickend ergibt sich also folgendes: Der altbekannte Haupteinwand gegen die These, die Strafe sei in der *Schuld* des Täters gegründet, lautet also, jeder Schuldvorwurf setze voraus, dass der Mensch überhaupt zu einem *freien Willen* fähig sei.

Dieser Einwand ist zunächst einmal einzuordnen.

So sind die drei weltlichen Grundformen der Fremdbestimmung des Menschen in Betracht zu ziehen:

- die *physikalische* Fremdbestimmung,  
die *biologische* Vorgaben und ihre Ausprägungen,
- die *soziale* Determiniertheit des Menschen.

Ein vierte bildet, je nach Sichtweise, eine göttliche und auch sonst religiöse Fremdbestimmung.

Doch diese drei Grundarten kennen wir; sie treten -schon nach dem allgemeinen heutigen Verständnis und auch mit *Aristoteles*<sup>617</sup> - in *Erscheinung*. Wir wissen um situative motivatorische Anreize und begreifen sie als *psychische Antriebe*<sup>618</sup>. Eingebettet ist der einzelne Mensch zudem in die Mikro- und die Makrowelt der *physikalisch-chemischen* Gegebenheiten einerseits und andererseits in die *sozial-kommunikativen Welten* der geschichtlichen Epochen und Traditionen<sup>619</sup>, und auch in die Nähe-Gesellschaften seiner privaten Netzwerke.

Der Frage lautet also: Ist der Menschen, wie wir seit und mit *Aristoteles* glauben, *zusätzlich* ein mit Vernunft begabtes Wesen?

Die Vereinigungstheorie jedenfalls greift die drei Arten der Fremdbestimmung des Menschen schon einmal selbst auf:

---

<sup>617</sup> Aristoteles, Nikomachische Ethik (Dirlmeier), 1999, 1097 b 30 - 1098 17.

<sup>618</sup> Deshalb könnte man auch mit Rethmann von drei Grundformen der Determination sprechen: Rethmann, Nutzen, Rechtstheorie 31 (2000), 113 ff., 116.

<sup>619</sup> Dazu Rethmann, Nutzen, Rechtstheorie 31 (2000), 113 ff., 119.

Das Strafe *notwendige* soziale Reaktion darstellt, steckt in der *Generalpräventiven*. Dass das Strafen auch der Abwehr von latenten *Gefahren* dient, gehört zur Individualprävention. Rechtsgüter wie Leben, Leib und Eigentum sind mit dem *körperlichen* Sein verbunden. Mit der Einschränkung der Fortbewegungsfreiheit wirkt der Vollzug auf den Körper der Gefangenen ein.

*Philosophie*. Schon die *Philosophie* vertritt vorherrschend die Ansicht, dass die Willensfreiheit nicht nachweisbar, zumindest nicht auf dem empirischen Wege und erst recht nicht mit deterministischen Methoden. Sollen und Sein gehören zwei Welten zu. Aber die Willensfreiheit erscheint uns, wie einzugrenzen ist, im Westen als eine Erfahrung. Anzufügen ist, dass auch die Idee des Tausches, eine Art von freien Akteur beinhaltet. Vor allem die Wahlfreiheit beinhaltet eine einfache Art von Freiheit. Auch die Gesellschaften, wie Clans oder Staaten, begreifen sich nach außen als frei.

Insofern ist also von der *Möglichkeit* der Willensfreiheit auszugehen. Eine Vernunftkultur, wie die deutsche, kann danach also diesen Weg wählen, ohne gegen ihre eigenen Grundlagen zu verstoßen.

*Hirnforschung*. Das alte Problem stellt sich neu bei der Frage, ob die Hirnforschung inzwischen nicht nachgewiesen hat, dass die Willensfreiheit eine *Illusion* ist, weil wir uns schon entschieden haben, bevor wir uns bewusst zu entscheiden meinen. Immerhin verfügen wir wohl über eine Art von Veto-Instanz. Auch ist zu überlegen, ob wir uns nicht selbst auch *normiert motivieren* können.

Zudem war an anderer Stelle schon zu zeigen, dass umgekehrt auch die *Natur* selbst viele Elemente der Autonomie in sich birgt. Jede Bewegung schreiben wir einem individuellen Akteur zu, sei es einem Einzelnen oder einem Kollektiv.

Aber es reicht zur Rechtfertigung unserer Kultur der Willensfreiheit schon aus, dass oder wenn es offenbar zum Menschsein gehört, sich mit den Illusionen *selbst zu begreifen* und *seine Gesellschaften* auf derartige *Kulturen* aufzubauen. Schon unsere Sprache, in der wir auch denken, zeigt und belegt, in welcher *symbolischem Weise* wir unsere Umwelt und uns selbst begreifen.

*Kultureller Preis des Determinismus*. Auch drängen sich teleologisch gewendet sogleich zwei kulturelle Gegengründe auf:

Der Mensch begreift sich danach zumindest vorrangig nicht aktiv, sondern passiv. Der Ich-Satz der Aufklärung „Ich denke, also bin ich“ gilt nicht mehr. Es

denkt ein „systemisches Über-Es“ durch die Menschen hindurch. Sie stellen nicht etwa auch, sondern vor allem einen kleinen Teil eines großen Ganzen dar. Dabei muss auch offenbleiben, wie sich die rational denkenden einzelnen Natur- und die Sozialwissenschaftler selbst begreifen.

Ohne zumindest die kulturelle Fiktion der Willensfreiheit gäbe es keine Grund-, Freiheits- und Menschenrechte und es gäbe keine Demokratie. Es herrschten keine freien Menschen über sich selbst, sondern die Gesetze der Physik, der Biologie oder der Soziologie - und ihre Vertreter und Deuter.

*Kulturelle Unterstellung.* Damit liegt es nahe, das große Problem der Willensfreiheit schon einmal kulturell einzuhegen. Zu versuchen ist also vor allem, gute Gründe aufzutun, nach denen es möglich ist, zumindest die so sinnvolle und nützliche *kulturelle Unterstellung* der Willensfreiheit des Menschen aufrecht zu erhalten.

Irgendeine Art von Kultur entwickelt aber jede humane Gemeinschaft, jede verfügt über Normen und jede entwickelt Riten für den Umgang mit schweren Normbrüchen. Dies ist ein ausreichender wissenschaftlicher Konsens. Die vage Überidee der Gerechtigkeit ist universell. Die Strafe als *Freienstrafe* stellt eine Art von westlicher Strafkultur dar, denn sie setzt Freiheit voraus.

Die Alternative zu ihr besteht jedoch nicht in der Negation und lautet keine Strafe. Die drei sozialrealen Alternativen heißen vielmehr,

- (1) disziplinarische Strafe gegenüber Soldaten, Leibeigenen und Untertanen oder auch großmütig-willkürliche Gnadenerweise,
- (2) die Rache oder auch Buße und Sühneverträge zwischen Familienverbänden oder aber
- (3) eine Art von göttlichem Gericht und göttlicher Barmherzigkeit im Jenseits, etwa Verdammnis oder Rückstufungen bei der Wiedergeburt oder auch göttliche Gnade.

Vielleicht aber gibt es *tatsächlich* in jedem Menschen, der sich als *Akteur* begreift, ein *Selbstbewusstsein* und damit auch ein „Selbst“, das eng mit dem alten Seelenbegriff zusammenhängt. Es dient uns Menschen unter anderem zur *Rekonstruktion* der Welt, wenn wir sie als von uns *gesonderte* Um-Welt betrachten, eine die wir auch als ein *Prometheus* nach unseren Wünschen formen (können). *Rational* betrachten und neutral analysieren können wir nur etwas, wenn wir uns als *Beobachter* fiktiv daneben stellen, wenn wir Subjekt und Objekt also trennen und uns auf diese Weise unsere *Freiheit* (uns selbst) verschaffen.

Diese gesamtwestliche Freiheits- und Wissenschaftskultur, unsere gesamten technischen Städte, Demokratien und Rechte beruhen darauf.

## **II. Schuldstrafe als nationale Ausprägung, eine relativ beste Vereinigungstheorie**

*Nationale Ausprägung.* Diese westliche Grundeinstellung formen wir auch national noch einmal aus. Das *Bundesverfassungsgericht* geht bereits ausdrücklich diesen Weg und erkennt auf diese Weise die Idee der Kultur als solche zugleich mit an.

In seiner Lissabon-Entscheidung, mit der es die Geltung des Schuldprinzips begründet, verweist es auf das Prinzip der *kulturellen Subsidiarität* des Lissabonvertrages und nimmt dazu Art. 5 EU-Lissabon-Vertrag in Anspruch. Zudem erklärt es für seinen Aufgabenbereich autonom: „*Darüber hinaus prüft das Bundesverfassungsgericht, ob der unantastbare Kerngehalt der Verfassungsidentität des Grundgesetzes nach Art. 23 Abs. 1 Satz 3 in Verbindung mit Art. 79 Abs. 3 GG gewahrt ist (vgl. BVerfGE 113, 273 <296>).*“

Es erläutert dann:

„*Dem Schutz der Menschenwürde liegt die Vorstellung vom Menschen als einem geistig-sittlichen Wesen zugrunde, das darauf angelegt ist, in Freiheit sich selbst zu bestimmen und sich zu entfalten (vgl. BVerfGE 45, 187 <227>).*“<sup>620</sup>

Es genügt also für das deutsche Strafrecht, wenn wir unsere *deutsche Kultur* weiterhin und mit guten Gründen auf die Idee der Willensfreiheit stützen können.

Es reicht deshalb aus

- wenn entweder die *Möglichkeit* der Willensfreiheit *offen* gehalten bleibt, also, umgekehrt kein *eindeutiger Nachweis des Determinismus* gelingt,
- oder aber, wenn selbst dann noch zum biologischen Menschsein die Fähigkeit gehört, sich mit einer solchen Art von (Selbst-) *Illusion* unter anderem auch ein solche Art von *Binnenkultur* zu erschaffen.

*Einzelne Argumente.* Zudem ist mit folgenden Punkten nachzufassen:

---

<sup>620</sup> Siehe: Lissabon-Entscheidung des BVerfG, 2 BvE 2/08 vom 30.6.2009, Absatz-Nr. (1-421), Absatz-Nr. 364; vgl. auch: BVerfG 45, 187 ff., 227.

*Alternative Maßregel.* In Bezug auf das Strafrecht gilt auch, dass es ohne Schuld zwar kein Schuldstrafrecht geben würde, aber dass mutmaßlich dafür ein Maßregelrecht der Besserung und Sicherung an seine Stelle treten würde, dass auf Straftaten aufbaut. Dies belegt schon das Strafgesetzbuch selbst.

*Begründung oder Milderung der gerechten Strafe.* Auch liegt dem großen und viel diskutierten Einwand, jeder *Schuldvorwurf* setze voraus, dass der Mensch überhaupt zu einem *freien Willen* fähig sei, die Annahme zugrunde, dass sich auf den Schuldgedanken, allein oder vor allem, die Strafe *begründe*.

Dahinter steckt der Grundgedanke der *finalen* Handlungslehre, die Absicht bilde den Kern des Unrechts. Aber das deutsche Strafrecht setzt an *Handlungen* an. Mit ihnen greift der Täter in seine Umwelt, die natürliche wie auch die soziale, ein. Deshalb wird der Versuch auch milder und zum Teil gar nicht bestraft. Es ist eine „Aktion“, auf die keine „Reaktion“ erfolgt.

Dass die Strafe, wie hier vertreten, vorrangig über den Gedanken der *Gerechtigkeit* zu *begründen* ist und dass die Prüfung der Art und Weise der Schuld nur der *Milderung* dient, also zugunsten der Täters auch unterstellt werden kann, wird übersehen.

Dabei ist der „Ruf nach Gerechtigkeit“ zwar auch von ethischer Art und Teil der (*kantschen*) *Vernunft*. Aber er ist auch in unserer -und vermutlich in jeder menschlichen *Gesellschaft* verankert. Ebenso ist er ein Teil der *Natur*; denn er steckt im evolutionären Prinzip der Kooperation (tit for tat-Strategie). Wer nicht voll kooperiert, mit dem wird auch nicht mehr voll kooperiert. Wer existenzgefährdend ist, der wird verstoßen. Es ist eine Art von körperanalogem Immunsystem, das dafür sorgt. Auch vor solchem darwinistischen Denken, und damit auch vor einem kalten Maßregelstrafrecht, schützt die Unterstellung der Willensfreiheit und über sie das gegenwärtige deutsche Schuldstrafrecht.

*Andererseits* ist die deutsche Strafe untrennbar -auch- damit verbunden, dass der Täter sich frei für das Unrecht und gegen das Recht entschieden hat. Ohne diese Vorwerfbarkeit gäbe es kein Strafrecht im herkömmlichen Sinne.

Die Idee von der *Eigenverantwortung* liegt nicht nur dem deutschen Strafrechtsbegriff der Schuld zugrunde, sondern auch dem Versuch, die Strafe als *Selbstbestrafung* zu deuten, etwa mit der Sozialvertragsidee von der Einwilligung des Täters in das Risiko der Bestrafung.

*Vereinigungstheorie und Emotionen.* Ferner bleibt die Einsicht, dass das Strafen *rational* bislang nicht hinreichend, und jedenfalls *nicht* mit einem *einzelnen* überzeugenden Begründungsstrang zu rechtfertigen ist.



Deshalb ist davon auszugehen, dass der Konsens, Strafen zu müssen, seine eigentliche Kraft aus seiner *emotionalen* Wurzel zieht. Emotionen aber haben sich im Laufe der *Evolution* insgesamt als *sinnvoll* und *nützlich* erwiesen. Hier zumindest setzt das Denken im Naturraum des Determinismus ein.

Der Mensch weiß und erwartet bestimmte Formen von Aggression, die innerhalb einer Gemeinschaft geübt, die Gemeinschaft zu sprengen drohen. Als Reaktion entwickelt er also beim Anblick und auch bei der bildhaften Vorstellung von Straftaten ein *Vergeltungsbedürfnis*, das seinerseits ein präventives Drohpotenzial beinhaltet. Deshalb akzeptieren wir das Credo der kanalisierten Vergeltung und drohen den Tatgeneigten anderenfalls entweder mit Selbstjustiz oder damit, die Rechtsgemeinschaft verlassen zu müssen. Der deutsche Gesetzgeber benennt zum Beispiel den berechtigten Zorn über eine Provokation als den Kernfall des minderschweren Falles des Totschlags (§ 213 StGB).<sup>621</sup>

Die Idee von der *positiven Generalprävention* greift die Emotionen immerhin auf, auch wenn sie sie durch den sozialen Filter der Rechtstreue der Allgemeinheit verfremdet.

Emotionen ist es eigen, dass der Mensch ihr Entstehen nur begrenzt steuern kann. Sie stehen somit dem Modell einer absoluten Willensfreiheit entgegen. Nach dem Modell der *relativen Willensfreiheit* wird dagegen nur die *Beherrschung von emotionalen Motiven* verlangt; aber für das Vergeltungsbedürfnis der Allgemeinheit ist offenbar nur eine *Kanalisierung*, nicht aber der grundsätzliche Verzicht auf das Vergelten möglich.

*Beweislast.* Eine Fiktion, die zu *Gunsten des Menschen* ausschlägt, weil sie ihm Grund- und Menschenrechte verschafft, ist leicht hinzunehmen. Wirkt sie aber zu Lasten eines Menschen, was aber immer genau zu prüfen ist, so trägt derjenige, der sich darauf stützt, hier also die strafende Gemeinschaft, die Last des Beweises.

Insofern bietet es sich an, zwischen Schuld und gerechtem Ausgleich zu trennen.

- Die strenge Gerechtigkeitsidee *begründet* das Strafen.
- Die Schuldidee dient aber, sobald man auch das Verbot der an sich gerechten Todesstrafe mit einbezieht, allein der *Milderung*. Sie humanisiert auch den Vollzug der Freiheitsstrafe.

---

<sup>621</sup> Ebenso: BGH GrSen 30, 105 ff. (Rechtsfolgenlösung zur Reduktion der lebenslangen Freiheitsstrafe beim Mord).

- Für Ausnahmefallgruppen existieren die *Maßregeln der Besserung und Sicherung*.
- Dem Gesellschaftsschutz dienen die *Gemeindelikte* bis hin zum Staatsschutz, der Strafrechtspflege insbesondere die Untersuchungshaft.
- Die Opferrechte werden ebenfalls mitberücksichtigt.

Außerdem ist auf die Alternativen zum humanen Schuldstrafrechts zu blicken:

Ohne die mildernde Schuld würde aus *ethischer Sicht* die *strenge Gerechtigkeit* in den Vordergrund rücken. Die Todesstrafe belegt, dass die Idee der *Gerechtigkeit* wichtiger ist als das Leben eines Menschen. Das Leben und ansonsten die Freiheit der Strafgefangenen werden der Idee der Gerechtigkeit geopfert. Gerechtigkeit ist auf dieser Ebene somit ein Gut der *Allgemeinheit*.

Das Allgemeine, die hohe Idee, würde ohne den humanen und individualisierenden Schuldaspekt das Menschsein überwölben und beherrschen. Es regiert der strenge *Gerechtigkeits-Idealismus*, den auch einige Religionen einfordern. Er verdrängt die anderen Gesichtspunkte der Vereinigungstheorie ins zweite Glied.

Der Determinismus und der Gedanke der Motivierbarkeit meiden die idealistische Ethik. Sie führen zum Vorrang des *naturwissenschaftlichen Empirismus*. Sie erzeugen vorrangig Varianten der *Maßregeln der Besserung und Sicherung*, auch unter dem Denkmantel der Strafe. Hier haftet der Täter vor allem für diejenige Gefährlichkeit, die aus seiner Person und aus Anlass seiner Tat abzuleiten ist. Der Täter degeneriert, wie alles, was der Empirismus betrachtet, zum Objekt. Der Nutzen steht Vordergrund, und zwar auf den ersten Blick sowohl für den zu bessernden Einzelnen als auch für die auf diese Weise gesicherte Gesellschaft. Aber auf den zweiten Blick geht es um die künftige Sozialfähigkeit des Einzelnen in der Gesellschaft und auch den Nutzen für sie. Auch schon dieser utilitaristische Grundansatz dient also der *Allgemeinheit*.

Ist die Bedeutung des Einzelnen zweitrangig, weil sein freier Wille nicht nachzuweisen ist, gewinnt auch ansonsten die Sicht der Allgemeinheit an Bedeutung. Der Gesellschaftsschutz geht dem Schutz der einzelnen Menschen vor. Jeder Angriff auf ein einzelnes Mitglied bildet vorrangig einen Angriff auf das kollektive Staatswesen. Auch dieser Ansatz beruht im Übrigen auf einer Unterstellung, und zwar nicht auf der eines *Menschenbilds*, sondern auf der eines *Gesellschaftsbilds*. Hier agieren dann der Staat und seine Vertreter als seien sie im Willen frei.

Die letzte Alternative besteht im Verzicht auf den strafenden Staat. Dann aber droht *Selbstjustiz*. Ohne das Gewaltmonopol *zerfällt der Staat* in kleine

regionale oder lokale Schutz-und Wehrgruppen, gern auch mit lokal-religiösen *Gemeinden* als ethischem Hintergrund. Zwischen den clanähnlichen Gruppen und auch zwischen ihren Untergruppen würde dann entweder das mittelalterliche Fehdeunwesen mit Blutrache herrschen oder es würden bei externen Tötungen Sühne- und Bußverträge abgeschlossen werden. Intern regierte dann innerhalb der Sippen eine Art von Hausrecht, das früher jedenfalls vor allem die Krieger, die Priester und besitzenden Familienväter absicherte. Es gälte das Naturrecht der Freien und Starken.

Die Antwort auf die beiden Fragen, ob wir

- die Willensfreiheit des Menschen, die wir alltäglich zu erfahren glauben, nicht zumindest *unterstellen* sollten
- und ob wir uns alle dann auch aus deutscher Sicht mit der Idee von der unantastbaren Menschenwürde *beleihen* wollen,

wird mit Blick auf diese altbekannten Alternativen leichtfallen. Der gegenwärtige kulturelle Grundkonsens des heutigen deutschen Strafrechts ist also zu begrüßen.

Der *Gerechtigkeits-Idealismus* ist mit dem *Menschenwürde-Humanismus* zu verbinden.

Die Schuldstrafe als *Regelsanktion* und die Maßregeln als *Ausnahmen* bilden eine gute Paarung.

Das deutsche Strafrecht beruht nach allem auf einer *zumindest relativ guten Begründung*. Die *Vereinigungstheorie* wiederum vermag in pragmatischer Weise die bekannten Schwächen jedes einzelnen Ansatzes einigermaßen, wenn auch nicht widerspruchsfrei, auszugleichen. Ihre Leitidee bildet das Schuldstrafrecht.

*Drei Strafbegründungen*. Das pragmatische Recht und damit auch das Strafrecht folgen aber nicht einer reinen Lehre. Die *ideale* Strafbegründung ist vielmehr gegeben, wenn die Strafe *dreifach* gerechtfertigt ist,

aus den sozialen Gründen der Generalprävention,

aus den empirisch-biologischen Gründen der individual-präventiven Gefahrenabwehr und auch

aus den idealistisch-moralischen des gerechten, aber auch humanen Schuldausgleichs.

Legt man kulturell das *Schwergericht auf die Schuldstrafe*, weil man den Menschen als würdig erachtet und als ein geistig-sittliche Wesen, so balancieren die beiden präventiven Ausrichtungen gemeinsam in etwa deren Gewicht aus.

Alle drei Strafbegründungen beruhen aber auf dem Prinzip des *Ausgleichens*. Denn auch die Erwartung einer (künftigen) Gefahr bildet schon in der Gegenwart eine Belastung. Sie muss vermindert werden und mit dem Rest muss „man“ (die Gesellschaft, die konkret Gefährdeten und auch der Täter mit seinem mutmaßlichen Aggressionspotential) leben.

Ebenso aber erfolgt auch die Schuldstrafe zwar „wegen“ der Tat in der Vergangenheit. Aber deren negative Auswirkungen setzen sich in der jeweiligen *Gegenwart* fort. Zumindest ein symbolisches Ausgleichen und die Bekräftigung der Geltung des Rechts ist jedoch ebenso möglich wie Ermittlung der Wahrheit. Daran kann der Täter mit der Erklärung seiner Unrechtseinsicht teilhaben, zur Wahrheitsfindung mit seinem Geständnis beitragen und dann auch die (verminderte) Strafe auf sich nehmen.

*Fazit.* Die Vereinigungstheorie bildet eine weit umfassende dreifaltige Sicht auf das Strafen. Der Summe der *guten Gründe* aller drei Sichtweisen, überwiegen die Nachteile der Widersprüche zwischen ihnen und vermindert die Mängel der einzelnen Positionen, die allein kaum jemand vertritt. Insofern erweist sich die Vereinigungstheorie zwar nicht als eine perfekte Theorie, weil nicht sie völlig widerspruchsfrei ausfällt. Aber sie bietet die *relative beste* Art der *Strafbegründung*.

Die Schuldidee, die auf der bloßen Unterstellung der Willensfreiheit beruht, *mildert* die Strafe nur. Sie zivilisiert somit die eigentlich grausame Art der Widervergeltung. Die sowohl *metaphysische* als auch *physische* Theorie der *ausgleichenden* Gerechtigkeit, von actio und reactio, begründet dagegen das Strafen. Dieselbe Art des klugen Ausgleichens findet wir auch beim *angemessenen Umsteuern* mithilfe des Strafrechts, um die beiden *präventiven* Zwecke zu erreichen.

## Namensverzeichnis

- Achenbach, Grundlagen, 1974 78, 234  
Achenbach, Zurechnung, 1984, 135 ff.  
108  
AK-StGB, 1989 67, 136, 174  
Albrecht, Freiheit, 2011 269  
Albrecht, Weg, 2010 193  
Alexander / Staub, Verbrecher, 1929/1971,  
203 ff. 183  
Alexy, Grundrechte, 1985 53  
Allwart, Recht, 1987 90  
Alternativ-Entwurf StGB AT, 1969 176  
Amelung, Rechtsgüterschutz, 1972 172  
Amelung, Rechtsgutverletzung, 1991, 269  
ff. 128  
Ancel, Sozialverteidigung 69  
Anscombe, Causality, 1971 91, 276  
Aquino (Piper), Matthäus, 1270/2011 225  
Aquino, Summa theologica, 1273/1953 218  
Aristoteles (Rolfes), Nikomachische Ethik,  
1911 218, 220  
Aristoteles, Nikomachische Ethik  
(Dirlmeier), 1999 47, 219, 225, 237,  
264, 272, 308  
Arzt, Ruf, 1976 165, 172, 185  
Badura, Generalprävention, JZ 1964, 337  
ff. 200  
Ball/Lilly, delinquency, 1971, 69 ff. 235  
Bar, Probleme, 1864 201  
Baratta, Integration, KrimJ 16 (1984), 132  
ff. 167  
Baratta, Resozialisierung, 1 ff. 190  
Baumann / Maetze / Mey, Rückfälligkeit,  
Mschr Krim 66, 1984, 193 ff. 189  
Baumann / Weber / Mitsch/ Eisele,  
Strafrecht AT, 2016 62  
Baurmann, Dogmatik, 1980, 196 ff. 286  
Beccaria, Verbrechen, 1766/ 1966 185  
Beling, Lehre, 1906 85, 94  
Beling, Vergeltungsidee, 1908 28, 30  
Bentham, Grundsätze, 1786/1830 51  
Bentham, Introduction, 1948 157  
Berndt, Bewährungsaufgabe, 1994 60  
Beulke, Strafprozessrecht, 2016 94  
Bielefeldt, Gerechtigkeit, GA 1990, 108 ff.  
211  
Bieri, Handwerk, 2001 306  
Binding, Normen II, 1914 28  
Binding, Problem, 1915 30  
Bindokat, Rückfallstrafe, ZStW 71 (1959),  
218 ff. 189  
Blei, Strafrecht AT, 1983 88, 89, 242  
Bloy, Handlungsbegriff, ZStW 90 (1978),  
609 ff. 86, 91  
Bock, Ideen, ZStW 103 (1991), 636 ff. 67  
Bockelmann, Kritik, 1976, 1 ff. 275  
Bockelmann, Studien, 1940 290  
Bockelmann, Willensfreiheit, ZStW 75  
(1963), 372 ff. 275  
Bohnert, C., Straftheorie, 1992 28, 31  
Bohnert, J., Abschlussentscheidung, 1992  
83  
Bohnert, J., Feuerbach, 1982 41  
Bollnow, Sittlichkeit, 1945 169  
Börner, Legitimation, 2014 72  
Boysen, in  
Münch/Kunig, Grundgesetz, 2012 241  
Bröckers, Verantwortung, 2015 143, 288  
Bruns, Grundfragen, 1974 55  
Bruns, Recht, 1985 54  
Bruns, Reflexionen, 1988 108  
Bruns, Strafzumessungsrecht, 1974 81,  
116  
Buri, Causalität, 1873 85  
Buri, Kausalität, ZStW 2 (1882), 232 ff 28  
Burkhardt, Möglichkeit, 1983, 51 ff. 51,  
275  
Burkhardt, Überlegungen, ZfS 3 (1981),  
155 ff. 275  
Burkhardt, Zweckmoment, GA 1976, 321  
83  
Bydlinski, System, 1986, 21 ff. 247  
Calliess/ Müller-Dietz,  
Strafvollzugsgesetz, 2008 58  
Cassirer, Versuch, 1944/ 2007 307  
Chaiken, Varieties, 1982 187  
Chisholm, Freedom, 1982, 24 ff. 264  
Chun/Brass/Heinze/Haynes, determinants,  
2008, 543 ff. 295  
Coing, Grundzüge, 1993 157, 220

- Crespo, Kompatibilismus, GA 2013, 15 ff. 295
- Czeguhn, Strafgesetzbuch 2014, 227 ff. 41
- Danner, Willen, 1974 273
- Darwall, Second-Person, 2006 288, 298
- Demmerling, Scham, 2014, 115 ff. 286
- Dennett, Freedom, 2003 306
- Dennett, Mechanism, 1982, 150 ff. 291
- Di Fabio, Recht, 1998 27
- Di Fabio, Sicherheit, NJW 2008, 421 ff. 147
- Dölling, Strafaussetzung, NJW 1987, 1041 ff. 109
- Dreher, Willensfreiheit, 1987 262, 273, 274, 292
- Drenkhahn, Research, 2014, 9 ff. 65
- Dünkel, Forschung, 1996, 61 ff. 191
- Dünkel, Kriterien, Mschr Krim 64, 1981, 279 ff. 189
- Dünkel, Strafaussetzung, ZStW 95 (1983), 1039 ff. 110
- Dux, Täter, 1988 289
- Ebbinghaus, Strafen, 1968 211, 256
- Ebert, Talion, 1991, 249 ff. 256
- Edmaier, Schuldverfälschung, 1975, 162 ff. 262
- Eisenberg, JGG, 2017 176
- Eisenberg, Kriminologie, 2005 110, 171, 185, 187, 191
- Ellscheid/ Hassemer, Strafe, 1970, 27 ff. 266
- Enderlein, Begründung, 1985, 303 ff. 32
- Engisch, Idee, 1968 247
- Engisch, Willensfreiheit, 1965 265, 275
- Engländer, Revitalisierung, ZStW 2015, 616 ff. 133
- Erber-Schropp, Schuld, 2016 42
- Erhard, Strafzumessung, 1992 189
- Eser in  
Schönke/ Schröder, 1997 156
- Fabricius, Kriminalwissenschaften I, 2011 284
- Feinberg, Function, 1965, 397 ff. 142
- Feltes, Strafanspruch, 2007 19, 124, 148
- Feuerbach, Grundsätze, 1842 205
- Feuerbach, Lehrbuch, 1801 10, 43
- Feuerbach, Revision, 1799 41, 42, 43, 175
- Feuerbach, Revisionen, JALZ-Ergänzungsblätter, 1801, Sp. 255 f. 41, 175
- Feuerbach, Strafe, 1800 41
- Fichte, Grundlage, 1796/1971, 1 ff. 26
- Figal, Unscheinbarkeit, 2015 128
- Figueiredo Dias, Schuld, ZStW 95 (1983), 220 ff. 290
- Fischer, StGB-Kommentar, 2017 11, 55, 78, 188, 301
- Flechtheim, Hegel, 1936/1975 256
- Frehsee, Schadenswiedergutmachung, 1987 71
- Freund, Strafrecht AT, 2008 69, 184
- Freund., Legitimationsfunktion, 1996, 43 ff. 51, 184
- Frisch, Marburger Programm, ZStW 94 (1982), 565 ff. 44
- Frisch, Maßregeln, ZStW 102 (1990), 343 ff. 44, 46
- Frisch, Strafe, GA, 2015, 64 ff. 251, 252
- Frisch, Strafzumessungsdogmatik, ZStW 99 (1987), 349 ff. 46, 110, 111
- Frisch, Verhältnis, GA 2014, 489 ff. 234
- Frister, Schuldprinzip, 1988 83
- Frister, Struktur, 1993 275
- Fritzsche, Entschuldigen, 2003 235
- Frommel, Präventionsmodelle, 1987 41
- Gallas, Stand, ZStW 67 (1955), 1 ff. 78, 114
- Garland, Culture, 2001 70
- Geerds, Einzelner, 1969 114
- Gehlen, Mensch, 1966 272
- Gehlen, Theorie, 1965 276
- Giehling, Forschung, KrimJ 1987, 2 ff. 187
- Gimbernat Ordeig, Nichtbeweisbarkeit, 1973, 151 ff. 167
- Gogorza, Grundsatz, GA 2015, 694 ff. 69
- Gosepath, Eigeninteresse, 1992 11
- Gössel, Rezension, JA 1975, 321 ff. 275
- Gössel, Wesen, 1988, 3 ff. 116, 117, 120, 156, 245
- Gössel, Zurechnung, GA 2015, 18 ff. 90
- Gramatica, Principi, 1961. 69
- Grasnick, Schuld, 1987 248, 261
- Graßberger, Versuch, ÖZföR 1956, 281 ff. 115
- Greenwood/ Abrahamse, Selective Incapacitation, 1982 187
- Griffel, Determination, ARSP 1994, 96 ff. 272

- Grimm, J. und W., Wörterbuch, 1956 84, 262
- Grommes, Sühnebegriff, 2006 24
- Gropp, Strafrecht AT, 2015 63
- Grotius, De Jure, 1631/1950 23, 50, 115
- Gründel, Umgang, 423 ff. 245
- Günther, K., Freiheit, 1998, 153 ff. 215
- Günther, K., Zurechnung, 2014, 9 ff. 282, 283
- Günther, L., Wiedervergeltung, 1966 22
- Günther/ Prittwitz, Verantwortung, 2010, 331 ff. 89
- Gutmann, C., Freiwilligkeit, 1993 176
- Habermas, Universalpragmatik, 1976/1984 142
- Haefner, Anthropologie, 2000 263, 264
- Hamel, Strafen, 2009 142
- Hartmann, Ethik, 1962 81, 89, 275
- Hartmann, Möglichkeit, 1966 116
- Hassemer / Neumann NK StGB, 2017 62, 71, 113, 147, 211
- Hassemer / Neumann, NK StGB, 2017 12, 20, 22
- Hassemer, Alternativen, 1983, 89 ff.. 247
- Hassemer, Einführung, 1990 69
- Hassemer, Generalprävention, 1979, 29 ff. 187
- Hassemer, Resozialisierung, KrimJ 14 (1982), 161 ff. 176
- Hassemer, Strafe, 2009 154
- Hassemer, Theorie, 1973 165
- Hattenhauer, Buße, 1983 21
- Hattenhauer, Rechtsgeschichte, 2004 21
- Hauptmann, Strafrecht, Rth 15 (1984), 153 ff. 266
- Hegel, Grundlinien (Hoffmeister), 1820/1995 37, 38, 39, 42, 175, 199, 205, 212, 237, 242, 243
- Heinrich, Strafrecht AT, 2016 63
- Henke, Recht, 1988 262
- Henkel, Rechtsphilosophie, 1977 81
- Henkel, Strafe, 1969 59, 115
- Hermann, Inhaftierung, ZfStrVo Jg. 39, 1990, 76 ff. 189
- Hermann, Kompatibilität, GA 1992, 516 ff. 43
- Hermann/ Kerner, Eigendynamik, KZfSS 1988, 485 ff. 189
- Herzberg, Schuldbegriff, GA 2015, 250 ff. 76
- Herzberg, Willensunfreiheit, 2010 286, 287, 301
- Herzog, F., Prävention, 1987 67
- Hilgendorf/Valerius, Strafrecht AT, 2015 63
- Hillenkamp, Hirnforschung, ZStW 2015, 12 ff. 301
- Hippel, Strafrecht, 1925-1930 41
- Hirsch, A. v., Past, 1986 187
- Hirsch, A. v., Strafe, 2011 141
- Hirsch, A. v., Strafrechtstheorie, 2005, 257 ff. 70
- Hirsch, H. J., Bilanz, 1986, 133 ff. 109
- His, Strafrecht, 1920/1964 21
- Hobbes (Gawlik), Bürger, 1642/1959 51
- Hobbes (Willms), Dialog, 1681/1992 51
- Hobbes, lat. Leviathan, 1688 44
- Hobbes, Leviathan, 1651/1955 51
- Höffe, Gerechtigkeit, 1987 220
- Höffe, Grundlegung, 1989 36
- Höffe, Kant, 1982, 335 ff. 211
- Höffe, Lexikon, 2008 264
- Höffe, Rechtsprinzipien, 1990 34, 36, 41, 225, 245
- Höffler/Kaspar, Plädoyer, GA 2015, 453 ff. 19
- Hoffmann, P., Strafzwecke, 1992 55
- Hoffmann-Holland, Strafrecht AT, 2015 62
- Holzhauser, Willensfreiheit, 1970 28
- Hommel, Beccaria, 1966 185
- Hoppe/Elger, Neuro-Philosophie, 2012, 259 ff. 296
- Hörnle, Kriminalstrafe, 2013 287, 288, 298
- Hörnle, Straftheorien, 2011 53, 141, 142, 143, 144, 206, 208, 214, 215
- Hoyer, Ansprechbarkeit, 2011, 723 ff. 63
- Hruschka, Kant, 1993, 129 ff. 35
- Hruschka, Konkurrenz, JZ 1987, 941 ff. 35
- Hruschka, Strukturen, 1976 88
- Hüning, Naturzustand, 2001, 85 ff. 50, 51
- Hupperschwiller, Gewissen, 1970 81
- in Schünemann, Funktion, 1984, 153 ff. 280
- Inwagen, Incompatibility, 1982, 46 ff. 264
- Jäger, SK StGB, 2017 129, 195
- Jäger, Willensfreiheit, GA 2013, 3 ff. 295
- Jakl, Recht, 2009 216

- Jakobs, Aspekte, 1982, 69 ff. 96
- Jakobs, Bemerkungen, 2014, 280 ff.. 183
- Jakobs, Handlungsbegriff, 1992 90, 140
- Jakobs, Norm, 1997 47, 68, 69, 128, 280, 281
- Jakobs, Schuld, 1976 281
- Jakobs, Schuldprinzip, 1993 67
- Jakobs, Selbstverständnis, 2000, 47 ff. 128, 191
- Jakobs, Strafe, 2004 23, 32
- Jakobs, Strafrecht AT, 1991 96, 157, 232, 290
- Jakobs, Strafrecht, ZStW 107 (1995), 843 ff. 279
- Jakobs, System, 2012 141
- Jakobs, Theorie, 2010, 167 ff. 68
- Jakobs, Theorie, 2014 89, 282, 283
- Jescheck, Freiheitsstrafe, 1984, 193 ff. 44
- Jescheck, Handlungsbegriff, 1961, 139 ff. 91
- Jescheck, LK, 1994 56
- Jescheck/ Weigend, Strafrecht, AT, 1996 22, 23, 26, 41, 47, 56, 69, 79, 81, 86, 87, 94, 114, 115, 131, 169, 234, 247, 272, 273, 275, 290
- Joecks Mü-Ko, 2017 63
- Jung, Garland, Neue Kriminalpolitik 2001, 16 ff. 70
- Jung, Verhältnismäßigkeit, GA 2015, 463 ff. 195
- Jung, Verhältnismäßigkeit, GA 2015, 463 ff. 66
- Kaiser, G., Einführung, 1997 171, 185
- Kaiser, G., Kriminologie, 1996 171, 174, 185
- Kaiser, H., Widerspruch, 1999 32, 47
- Kant (Weischedel), Metaphysik, 1797/1982 34
- Kant, Anthropologie, 1798, AA 143
- Kant, Denken, 1786, AA 276
- Kant, Grundlegung, 1785, AA 34, 89, 150, 169, 212, 216, 237, 243, 256, 258, 266
- Kant, Kritik r. V., 1781, AA 245, 263, 266, 293
- Kant, Metaphysik, 1797, AA 31, 32, 33, 34, 150, 157, 214, 216, 245, 263
- Kant, Nachlass, Moralphilosophie, AA 33
- Kant, p. Vernunft, 1788, AA 216
- Kant, r. Vernunft, 1787, AA 304, 306
- Kant, Religion, 1793, AA 24
- Kargl, Friedenssicherung, ARSP 1996, 485 ff. 50
- Kargl, Handlung, 1991 84, 94, 268, 292, 293
- Kargl, Kritik, 1982 286
- Kaspar, Verhältnismäßigkeit, 2014 66, 195, 197
- Kaufmann, Armin, Aufgabe, 1983 36, 115
- Kaufmann, Arthur, Analogie, 1982 247
- Kaufmann, Arthur, Betrachtungen, Jura 1986, 225 ff. 108, 265, 271
- Kaufmann, Arthur, Parallelwertung, 1982 82
- Kaufmann, Arthur, Schuld, 1985, 889 ff. 265
- Kaufmann, Arthur, Schuldprinzip, 1976 56, 82, 224, 274
- Kaufmann, Arthur, Strafe, 1986, 425 ff. 108
- Kaufmann, Hilde, System, 1982, 518 ff. 69
- Keil, Skizze, (EWE), 2007 305
- Keil, Willensfreiheit, 2017 305
- Keller, W., Philosophie, 1954 276
- Kelsen, Rechtslehre, 1960 44, 51
- Kerner, Kriminalitätseinschätzung, 1980 165
- Kindhäuser, Grundfragen, 2001 90, 140
- Kindhäuser, Handlung, 1980 88, 89, 90
- Kindhäuser, Kausalanalyse, GA 1982, 477 ff. 88
- Kindhäuser, Personalität, GA 1989, 493 ff. 141
- Kindhäuser, Strafrecht, AT, 2015 20, 38, 63, 131
- Kindhäuser, Strafrechtsgut, 1990, 29 ff. 162
- Klar, Moral, 2007 150
- Klemme, Erkennen, 2014, 79 ff. 144
- Kluge/Seebold, Wörterbuch, 2011 262
- Knöpfel, Kausalität, Rth 20 (1989), 342 ff. 276
- Koch, A., Entwicklung, 2014, 39 ff 10
- Koch, H.-J., Entscheidungsbegründung, 2003, 39 ff. 12
- Kodalle, Thomas Hobbes, 1972 51
- Köhler, Fahrlässigkeit, 1982 67, 262
- Köhler, Rezension Primoratz, ARSP 75 (1989), 265 ff. 37



- Köhler, Strafe, 1986 67  
 Köhler, Strafrecht AT, 1997 205  
 Köhler, Strafrechtsbegründung, 1983 111, 200  
 Kohlrausch, Sollen, 1910, 1 ff. 268  
 Koriath, Grundlagen, 1994 89, 90  
 Körner / Patzak / Volkmer, BtMG, 2016 112  
 Kornwachs/ Wehrt, Einleitung, 1984, 8 ff. 276  
 Kremkus, Strafe, 1999 51  
 Krey / Esser, Strafrecht AT, 2016 64  
 Krüger, Hirn, 2007, 61 ff. 298  
 Krümpelmann, Beurteilung, 1993, 18 ff. 247  
 Krümpelmann, Motivation, 1974, 327 ff. 273  
 Krümpelmann, Neugestaltung, ZStW 88 (1976), 6 ff. 275  
 Krümpelmann, Probleme, GA 1983, 337 ff. 157  
 Kube, Kriminalprävention, 1987 174  
 Kühl, Strafrechtsphilosophen, Hegel, 2013 37  
 Kuhlen, Typuskonzeptionen, 1977 247  
 Kühne, Strafrechtsstrukturen, 2000, 9 ff. 185  
 Kunz, Strafe, 2004, 71 ff. 70  
 Küpper, Grenzen, 1990 106, 110, 112, 186  
 Küpper, Strafen, 2003, 53 ff. 22, 28, 266, 279  
 Küpper, Strafrechtsdogmatik, 1990 84, 89, 91, 175  
 Lackner, Prävention, 1985, 245 ff. 83  
 Lackner/ Kühl, Strafgesetzbuch, 2014 59, 109, 234  
 Ladeur, Rechtstheorie, 1992 72  
 Lampe, Gleichstellung, ZStW 79 (1967), 476 ff. 87  
 Lampe, Unrecht, 1992, 21 ff. 156  
 Larenz, Methodenlehre, 1972 247  
 Larenz, Recht, 1979 51, 275  
 Laun, Satz, 1956 116  
 Leder, Person, 1999 287  
 Leenen, Typus, 1971 247  
 Lenckner in  
     Schönke/Schröder, 1997 54, 56, 124, 270  
 Lenckner, Strafe, 1972, 3 ff. 114  
 Lenckner/ Schnittenhelm, Gründe, 1989, 17 ff. 26, 172  
 Lenk, Vielfachwesen, 2010 307  
 Lersch, Aufbau, 1970 273  
 Lesch, Verbrechensbegriff, 1999 279  
 Libet, Mind, 2004/ 2007 295  
 Liszt (Schmidt), Lehrbuch, 1927. 45  
 Liszt, Aufgaben, 1905 251  
 Liszt, Einfluss, 1905, 75 ff. 44, 45  
 Liszt, Lehrbuch, 1919 28, 95  
 Liszt, Zweckgedanke, ZStW 3 (1883), 1 ff. 44, 45  
 Locke (Euchner/Hoffmann, H.),  
     Abhandlungen, 1690/1967 51  
 Locke (Laslet), Second Treatise,  
     1690/1993 51  
 Locke (Meiner), Versuch, 1690/2006 297  
 Löffler, Schuldformen, 1895 79  
 Loos, Grenzen, 1980, 261 ff. 247  
 Lotter, Scham, 2012 286  
 Lucas, Philosophy, PhQu Vol. 13, 1963, 79 ff. 247  
 Lüderssen, Kriminologie, 1984 165  
 Lüderssen, Wege, 1998, 25 ff. 38, 106  
 Luf, Menschenwürde, 1998, 307 ff. 32, 34, 266  
 Luhmann, Positivität, 1988, 11 ff. 72  
 Luhmann, Systeme, 1994 72  
 Luhmann, Vertrauen, 2000 163  
 Maihofer, Handlungsbegriff, 1953 86  
 Maihofer, Naturrecht, 1963 35  
 Maihofer, Rechtsdenken, 1982, 579 ff. 35  
 Maihofer, Sinn, 1956 35  
 Maihofer, Sozialer Handlungsbegriff,  
     1961, 156 ff. 86, 91  
 Maiwald, Einwilligung, 1991, 165 ff. 136  
 Maiwald, Schuldbegriff, 1987, 147 ff. 76, 82  
 Markowitsch/ Siefer, Tatort, 2007 296  
 Maruna/Copes, Decades, 2005, 221 ff. 235  
 Marx, M., Definition, 1972 136  
 Mathiesen, Gefängnislogik, 1989 187  
 Maurach, Wesen, 1960, 26 ff. 114  
 Maurach/ Gössel/ Zipf, Strafrecht AT, Bd. 2, 1989 110  
 Maurach/ Zipf, Strafrecht AT, Bd 1, 1992 26, 86, 131, 137  
 Mayer, H., Kant, 1969, 54 ff. 109, 157, 175, 199, 256

- Mayer, H., Strafrecht AT, 1967 190  
Mayer, M. E., Strafrecht, 1915 120  
Mayer-Maly, Gedanken, 1985 265  
Mayer-Tasch, Verfassungen, 1975 23  
Meier, B.-D., Sanktionen, 2014 185, 187  
Meier, Nachtatverhalten, GA 2015, 443 ff. 234  
Merkel, Willensfreiheit, 2014, 39 ff. 183, 263, 275, 280, 281, 306  
Metzinger, Ego-Tunnel, 2009 296  
Mezger, Straftat, ZStW 57 (1945), 675 ff. 290  
Mir, Schuldbegriff, ZStW 108 (1996), 9 ff. 272  
Mommsen, Römisches Strafrecht, 1899 (1961) 79  
Momsen / Rackow, Straftheorien, JA 2004, 336 ff. 53, 63  
Momsen, Überlegungen, 2007, 569 ff. 183  
Montenbruck, Abwägung, 1989 116, 128, 258  
Montenbruck, Höchststrafe, 2011, 375 ff. 227  
Montenbruck, In dubio, 1985 82, 83, 192  
Montenbruck, Menschenwürde-Idee, 2016 16, 50, 65  
Montenbruck, Präambel-Humanismus, Zivilreligion I, 2015 253, 295  
Montenbruck, Strafrechtsphilosophie, 2010 293  
Montenbruck, Wahlfeststellung, 1976 52, 82, 169  
Montenbruck, Weltliche Zivilreligion, Zivilreligion III, 2016 70  
Montenbruck, Wie du mir..., 13 ff. 211  
Montenbruck, Zeit, 1996, 649 ff. 109  
Montenbruck, Zivile Versöhnung, Zivilreligion II, 2016 65, 66, 69, 71, 72, 89, 279  
Montesquieu, Geist, 1950 185  
Moore. Grundprobleme, 1953 306  
Morgenstern, Recht, Rechtswissenschaft, 2014, 153 ff. 65  
Morgenstern, Strafen, 2016, 103 ff. 65, 185  
Mosbacher, Straftheorie, ARSP 2004, 210 ff. 36, 206, 208  
Müller, A., Verhältnis, 1996 263  
Müller, H., Generalprävention, 1984 41  
Müller-Dietz, Absehen, 1976, 303 ff. 59  
Müller-Dietz, Integrationsprävention, 1985, 813 ff. 108, 166  
Müller-Dietz, Marburger Programm, ZStW 94 (1982), 599 44  
Müller-Dietz, Strafbegriff, 1986 55, 114  
Müller-Dietz, Verbrechensschaden, GA 1983, 481 ff. 165  
Müller-Tuckfeld, Integrationsprävention, 1985 39, 167  
Murmman, Grundkurs, 2015 16, 42, 45, 54, 62, 124, 147, 190, 200, 201, 206, 245, 252, 266  
Murray, Euripides, 1913 21  
Nagel, View, 1986 291  
Naucke, Kant, 1962 41  
Naucke, Kriminalpolitik, ZStW 94 (1982), 525 ff. 44  
Naucke, Notizen, 1998, 361 ff. 44, 51  
Naucke, Strafrecht, 1995 69  
Neubacher, Kriminologie, 2017 235  
Neufelder, Schuldbegriff, GA 1974, 289 ff. 56  
Neumann / Schroth, Theorien, 1980 41  
Neumann, Entwicklungen, ZStW 99 (1987), 567 ff. 76  
Neumann, Kritik, 1998, 147 ff. 206, 208  
Neuß, Strafzweck, 2001 171  
Nida-Rümelin, Vernunft, 2012, 9 ff. 11, 268, 284, 306  
Nietzsche (Colli), Morgenröte, 1881/1971 48  
Nietzsche (Schlechta), Genealogie, 1887/1977, 761 ff. 225  
Nietzsche, Wissenschaft, 1887/1999 171  
Niggli, Repressionsstrafrecht, 2014, 13 ff. 193, 195  
Niggli, Strafrecht, plädoyer 2/14 193  
Nipperdey, Würde, 1968, 1 ff. 55  
Noll, Begründung, 1962 115  
Noll, Schuld, 1966, 219 ff. 167  
Oberer, Begründungsaspekte, 1982, 399 ff. 211  
Oelmüller, Schwierigkeiten, 1983, 9 ff. 262  
Oeser/ Seitelberger, Gehirn, 1988 273  
Otto, Generalprävention, 1982 185  
Otto, Grundkurs, 1996 114, 128  
Otto, Kausaldiagnose, 1972, 91 ff. 88  
Otto, Rechtsgutsbegriff, 1971, 1 ff. 136  
Otto, Unrecht, ZStW 87 (1975), 540 ff. 78

- Paliero, Selbstverständnis, 2000, 75 ff. 91
- Pauen, Freiheit, AZP 26 (2001), Heft 1, 23 ff. 263, 264, 291, 292
- Pauen/Roth, Freiheit, 2008 288, 297, 298
- Pawlik, Hassemer, 2009, 1 f. 154
- Pawlik, Person, 2004 68
- Piaget, Urteil, 1983 289
- Platon, Protagoras (Eigler), 1990 23, 154
- Pothast, Rechtfertigungselement, 1998, 135 ff. 265
- Pothast, Unzulänglichkeit, 1987 76, 265, 266
- Prigogine, Sein, 1988 276
- Primoratz, Banquo, 1986 37
- Prinz, Freiheit, 1996, 86 ff. 296
- Prinz, Mensch, 2003, 18 ff. 296
- Prittwitz, Schutz, 1995, 19 ff. 190
- Prittwitz, Strafrecht, ZStW 2017, 390 ff. 148
- Pufendorf, jure naturae, 1672 41
- Puppe, Erfolg, ZStW 92 (1980), 863 ff. 88
- Puppe, System, GA 2015, 203 ff. 90
- Radbruch, Handlungsbegriff, 1904 85
- Radbruch, Rechtsphilosophie, 1932/2003 225
- Radbruch/Gewinner, Geschichte, 1991 22
- Rath, Rechtfertigungselement, 2002 263, 264, 265
- Rauch, 247
- Regge, Kriminalstrafe, 1989 22, 41
- Rengier, Strafrecht AT, 2017 11, 63
- Rethmann, Nutzen, Rechtstheorie 31 (2000), 113 ff. 190, 263, 264, 273, 277, 308
- Rogall, Justizmord, 2002, 45 ff. 65
- Rogall, Strafe, 1997, 236 ff. 164
- Röhl, Rechtslehre, 1995 132, 266
- Röhl/ Röhl, Rechtslehre, 2008 284
- Rosenau, Rechtspolitik, ZIS 2006, 338 ff. 65
- Roskies, Neuroscience, 2010, 109 ff. 295
- Roth, Gehirn, 1992, 277 ff. 305
- Roth, Gewaltstraftäter, 2012, 89 ff. 296
- Roth, Mensch, 1993, 55 ff. 305
- Rothacker, Schichten, 1952 273
- Rousseau, Ursprung, 1762 68, 281
- Roxin, Ansprechbarkeit GA 2015, 489 ff. 63
- Roxin, Diskussion, 1979, 279 ff. 166, 167
- Roxin, Entwicklung, JA 1980, 545 ff. 110
- Roxin, Gedanken, 1970, 133 ff. 87, 88
- Roxin, Offene Tatbestände, 1959 82
- Roxin, Prävention, GA 2015, 185 ff. 56
- Roxin, Schuld, 1974, 171 ff. 167
- Roxin, Schuldprinzip, 1993, 519 ff. 56, 268, 271
- Roxin, Schuldstrafrecht, ZStW 96 (1984), 641 ff. 55, 290
- Roxin, Sinn, JuS 1966, 377 ff. 121, 157
- Roxin, Strafrecht AT I, 2006 25, 30, 54, 63, 124, 130, 136, 232, 245
- Roxin, Strafrecht AT II, 2003 280, 281
- Rudolphi, Aspekte, 1970, 151 ff. 136
- Rudolphi, Unrechtsbewusstsein, 1969 83, 265
- Sachs, C., Moral, 2015 65
- Samson, Kausalverläufe, 1972 88
- Sander, Grenzen, 2007 36
- Satzger, SSW StGB, 2017 131, 145
- Sauer, Gerechtigkeit, 1959 225
- Sauter, Willensfreiheit, 2013 303
- Schäfer, Grundlagen, 1989 225
- Schall, Suche, 1990, 339 ff. 110
- Scheffler, Dauer, 1991 66
- Scheffler, Freund- und Feindstrafrecht, 2006, 123 ff. 202
- Scheler, Formalismus, 1954 275
- Schiemann, Willensfreiheit, ZJS 6/2012, 774 ff. 280, 287, 301
- Schild, Aktualität, 1979, 199 ff. 35
- Schild, Bürgerrechte, Der Staat (42) 2003, 329 ff. 70
- Schild, Ende, ARSP 70 (1984), 71 ff. 35, 36, 116
- Schild, Gerichtsbarkeit, 1985 47
- Schild, Hegel, 1997, 179 ff. 39
- Schild, NK StGB, 2017 36
- Schild, Strafbegriff, 1997, 101 ff. 48
- Schild, Strafmaßnahme, 1989, 429 ff. 32, 34, 264
- Schlüchter, Mittlerfunktionen, 1986 247
- Schmidhäuser, Schuldbegriff, 1985, 485 ff. 274
- Schmidhäuser, Sinn, 1971 22, 114, 157
- Schmidhäuser, Strafrecht AT, Lb, 1975 26, 136
- Schmidhäuser, Strafrecht AT, Stb, 1984 128, 242
- Schmidt, R. Strafrechtsreform, 1978 28

- Schmidtchen, Prävention 2003, 245 ff. 215
- Schmitz, Legitimität, 2001 23, 35, 37, 265, 277
- Schmoller, Argumentation, öJbl 1990, 631 ff. 169
- Schmoller, Argumentation, öJBL 1990, 631 ff. 247, 279
- Schmoller, Bedeutung, 1988 247
- Schneider, F., Philosophie, 1964 91
- Schneider, H.-J., Kriminologie, 2013 171
- Schnell/ Hill/ Esser, Methoden, 1999 187
- Schöch, Grundlagen, 1985, 1081 ff. 189
- Schöch, Rechtswirklichkeit, 1996, 293 ff. 189
- Schockenhoff, Willensfreiheit, 2004 303
- Schopenhauer, Preisschrift, 1839/1988 263
- Schopenhauer, Wurzel, 1891 116
- Schramme, Empathie, 2013, 621 ff. 143
- Schreiber, Gesetz, 1976 41
- Schreiber, Schuld, 1983, 73 ff. 76, 83
- Schreiber, Schuld, Der Nervenarzt 48 (1977), 242 ff. 275
- Schreiber, Strafkonzeptionen, ZStW 94 (1982), 279 ff. 22, 108
- Schroeder, Carolina, 1986 22
- Schüler-Springorum, Resozialisierung, 1982, 503 ff. 246
- Schulz, Hansjürgen, Alternativen, JA 1982, 518 ff. 69
- Schumann, Beweisbarkeit, 1998, 17 ff. 187
- Schumann, Generalprävention, 1989 167, 187
- Schünemann, Stellung, 2000, 1 ff. 59
- Schünemann, Strafrechtswissenschaft, GA 1986, 293 ff. 265
- Schünemann, Tendenzen, JA 1975, 575 ff. 247
- Schünemann, Unterschichtsstrafrecht, 2000, 15 ff. 191
- Schwindt, Kriminologie, 2016 174
- Seelmann, Anerkennungsverlust, 1995 68
- Seelmann, Hegel, JuS 1979, 687 ff. 35
- Seelmann, Schwierigkeiten, 2004, 151 ff. 102
- Seelmann, Vertragsmetaphern, 1991, 441 ff. 141, 214
- Seelmann/ Demko, Rechtsphilosophie, 2014 68
- Seher, Liberalismus, 2000 65
- Seitelberger, Aspekte, 1980 293
- Seitelberger, Grundlagen, 1981, 35 ff. 293
- Seneca, De ira, 1999 23, 30
- Siep, Naturgesetz, 1993 150
- Simson, Grotius, 1985, 651 ff. 23, 115
- Singer, brain, 2009, 321 ff. 305
- Singer, Problem, 2009, 233 ff. 295
- Sinn, Freistellung, 2007 33, 92, 94, 109
- Sodan, Grundgesetz, 2015 241
- Spendel, Grundfragen, 1957, 39 ff. 116
- Spohn, Kern, 2012, 71 ff. 306
- Sternberg-Lieben, Rechtsgut, 2003, 65 ff. 51
- Stoß, Vorentwurf, 1983 44
- Stratenwerth, Anfragen, 1998, 495 ff. 263
- Stratenwerth, Strafrecht AT I, 2000 21, 136, 154
- Stratenwerth, Zukunft, 1971 266
- Strawson, G., Consciousness, Inquiry 32 (1989), 3ff. 264, 291
- Strawson, P., Einzelding, 1972 291
- Strawson, P., Freedom, 1974 288
- Stree in  
Schönke/Schröder, 1997 124
- Streng, Praktikabilität, 2001, 875 ff. 257
- Streng, Sanktionenrecht, 2012 185, 255
- Streng, Schuld, ZStW 92 (1980), 637 ff. 183
- Stuckenberg, GA 2016, 689 ff. 230
- Stuckenberg, Rechtsgüterschutz, ZStW 2017, 349 ff 133
- Suppa, Mensch, 2003 86
- Sykes/Matza, Techniken, 1979, 360 ff. 235
- Teubner, Standards, 1971 247
- Thurmann, Deviance, 1984, 291 ff. 235
- Tiedemann, K., Verfassungsrecht, 1991 130
- Tiedemann, P., Tatbestandsfunktionen, 1996 136
- Tiemeyer, Grundlagenprobleme, GA 1986, 203 ff. 77
- Tiemeyer, Möglichkeit, ZStW 100 (1988), 527 ff. 77, 83
- Topitsch, Probleme, 1980, 15 ff. 247
- Triffterer, Strafrecht, 1985 121
- Trotha, Distanz, 1987 165

- Trübner, Deutsches Wörterbuch, 1955 262
- Tugendhat, Begriff, 1992, 334 ff. 264, 277, 292
- Volk, Strafe, ZStW 83 (1971), 405 ff. 55
- Vormbaum, Einführung, 2015 10, 28
- Wadle, Landfrieden, 1995, 71 ff. 22
- Wagner, H., Bedeutung, GA 1972, 32 ff. 59
- Waldstein, Willensfreiheit, 1978, 329 ff. 272
- Walter, H., Neurophilosophie, 1998 264
- Walter, M., Angebote, 1987, 256 ff. 109
- Walther, Rechtsbruch, 2000 31, 35
- Weber, H.-M., Abschaffung, 1999 245
- Weigend, LK, Einleitung, 2007 206, 208
- Weigend, Strafe, RW 2010, 40 ff. 58, 66
- Weinberger, O., Norm, 1988 89
- Weißer, Bettina, Konzept, GA 2013, 26 ff. 295
- Weitzel, Strafgedanke, 2007, 21 ff. 21
- Welzel, Gedanken, 1969, 91 ff. 272
- Welzel, Naturalismus, 1935 85
- Welzel, Naturrecht, 1960, 1980 81
- Welzel, Persönlichkeit, ZStW 60 (1948), 428 ff. 290
- Welzel, Strafrecht, 1969 86, 272
- Wessels/Beulke/Satzger, Strafrecht AT, 2016 63, 86, 131
- Wiener, Persönlichkeit, ZfL 27 (1987), 92 ff. 262
- Wilfert, Strafe, 2017 66, 100
- Willoweit, Rache, 2007, 37 ff. 22
- Wilson, J. Q., Thinking, 1983 187
- Winkel, Behavior, 1997, 65 ff. 235
- Wohlers, Deliktstypen, 2000 31
- Wolff, Kausalität, 1965 263
- Wolff, Verständnis, ZStW 97 (1985), 786 ff. 67
- Wolter, Zurechnung, 1981 88
- Wright, Erklären, 1984 91
- Zabel, Schuldtypisierung, 2007 144
- Zaczyk, Fiat iustitia, 2006, 649 ff. 225
- Zaczyk, Notwendigkeit, ZStW 123 (2011), 701 ff. 133
- Zaczyk, Unrecht, 1989 67
- Zielcke, Sache, Merkur 1986, 203 ff. 102
- Zieschang, Sanktionensystem, 1992, 448 ff. 110
- Zimmermann, F., Unrechtsbewusstsein, NJW 1954, 908 ff. 82
- Zipf, Behandlung, 1989, 439 ff. 189
- Zippelius, Recht, 1996 275, 293
- Zippelius, Verwendung, 1996, 224 ff. 247
- Zürcher, Legitimation, 2014 142

# Literaturverzeichnis

- Achenbach, Grundlagen, 1974** Achenbach, Hans,  
Historische und dogmatische Grundlagen der  
strafrechtssystematischen Schuldlehre; Abhandlungen zur  
rechtswissenschaftlichen Grundlagenforschung, 1974
- Achenbach, Zurechnung, 1984, 135 ff.** Achenbach, Hans,  
Individuelle Zurechnung, Verantwortlichkeit, Schuld, in:  
Schünemann, Bernd (Hrsg.), Grundfragen des modernen  
Strafrechtssystems, 1984, 135 ff.
- Albrecht, Freiheit, 2011** Albrecht, Peter-Alexis,  
Die vergessene Freiheit, Strafrechtsprinzipien in der europäischen  
Sicherheitsdebatte, 3. Aufl., 2011
- Albrecht, Weg, 2010** Albrecht, Peter-Alexis,  
Der Weg in die Sicherheitsgesellschaft: Auf der Suche nach  
staatskritischen Absolutheitsregeln, 2010
- AK-StGB, Bearbeiter, 1989** Wassermann, Rudolf (Hrsg.),  
Kommentar zur Strafprozeßordnung in drei Bänden. Reihe  
Alternativkommentare, 1996
- Alexander / Staub, Verbrecher, 1929/1971, 203 ff.** Alexander, Franz/ Staub, Hugo,  
Der Verbrecher und seine Richter. Ein psychoanalytischer Einblick  
in die Welt der Paragraphen, 1929, in: Moser, Tilmann (Hrsg.)  
Psychoanalyse und Justiz, 1971, 203 ff.
- Alexy, Grundrechte, 1985** Alexy, Robert,  
Theorie der Grundrechte, 1985
- Allwart, Recht, 1987** Allwart, Heiner,  
Recht und Handlung. Die Rechtsphilosophie in ihrer Entwicklung  
vom Naturrechtsdenken und vom Positivismus zu einer analogen  
Hermeneutik des Rechts, 1987
- Alternativ-Entwurf StGB AT, 1969** Alternativ-Entwurf eines Strafgesetzbuches, Allgemeiner Teil,  
vorgelegt von Baumann, Jürgen/ Brauneck, Anne-Eva/ Hanack,  
Ernst-Walter/ Kaufmann, Arthur/ Klug, Ulrich/ Lampe, Ernst-  
Joachim/ Lenckner, Theodor/ Maihofer, Werner/ Noll, Peter/ Roxin,  
Claus/ Schmitt, Rudolf/ Schultz, Hans/ Stratenwerth, Günter/ Stree,  
Walter, 2. Aufl. 1969
- Amelung, Rechtsgüterschutz, 1972** Amelung, Knut,  
Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft. Untersuchungen zum  
Inhalt und zum Anwendungsbereich eines Strafrechtsprinzips auf  
dogmengeschichtlicher Grundlage. Zugleich ein Beitrag zur Lehre  
von der "Sozialschädlichkeit des Verbrechen", 1972
- Amelung, Rechtsgutverletzung, 1991, 269 ff.** Amelung, Knut,  
Rechtsgutverletzung und Sozialschädlichkeit, in: Jung, Heike/  
Müller-Dietz, Heinz/ Neumann, Ulfrid (Hrsg.), Recht und Moral,  
1991, 269 ff.
- Ancel, Sozialverteidigung, 1966/1970** Ancel, Marc,  
Die neue Sozialverteidigung (La Défense sociale nouvelle, deutsch),  
übersetzt von Melzer, Michael nach der 2. Aufl. 1966; 1970
- Anscombe, Causality, 1971** Anscombe, Gertrude E.M.,  
Causality and Determination, 1971
- Aquin (Piper), Matthäus, 1270/2011** Thomas von Aquin,  
Kommentar zum Johannesevangelium, (um) 1270, Pieper, Josef  
(Übers.); Weingartner, Paul / Ernst, Michael / Wolfgang Schöner,  
Wolfgang (Hrsg.), 2011
- Aquin, Summa theologiae, 1953** Aquin, Thomas von,  
Summa theologiae, Buch I (qu. 1 - 13), 1934; Katholischer  
Akademikerverband (Hrsg.), Recht und Gerechtigkeit, 1953
- Aristoteles (Rolfes), Nikomachische Ethik, 1911** Aristoteles,  
Nikomachische Ethik. Auf der Grundlage der Übersetzung von  
Eugen Rolfes; Bien, Günther (Hrsg.), 1. Aufl. 1911, 3. Aufl. 1972, 5.

- Aristoteles, Nikomachische Ethik (Dirlmeier), 1999**  
 Arzt, Ruf, 1976  
 Aufl. 1985  
 Aristoteles,  
 Nikomachische Ethik, Dirlmeier, Franz (Übers.), 1999  
 Arzt, Gunther,  
 Der Ruf nach Recht und Ordnung, Ursachen und Folgen der Kriminalitätsfurcht in den USA und in Deutschland, 1976
- Badura, Generalprävention, JZ 1964, 337 ff.**  
**Ball/Lilly, delinquency, 1971, 69 ff.**  
 Badura, Peter,  
 Generalprävention und Würde des Menschen, JZ 1964, 337 ff.  
 Ball, Richard A. / Lilly, J. Robert  
 Juvenile Delinquency in an urban County, Criminology 1971, 69 ff.
- Bar, Probleme, 1864**  
 Bar, Carl Ludwig von  
 Probleme des Strafrechts, 1864
- Baratta, Resozialisierung, 2001, 1 ff.**  
 Baratta, Alessandro,  
 Resozialisierung oder soziale Kontrolle? Für ein kritisches Verständnis der sozialen "Reintegration", in: Britz, Guido/Jung, Heike/Koriath, Heinz/Müller, Egon, Grundfragen des Strafs, Festschrift für Heinz Müller-Dietz zum 70. Geburtstag, 2001, 1 ff.
- Barrata, Integration, KrimJ 16 (1984), 132 ff.**  
 Baratta, Alessandro,  
 Integration - Prävention: eine systemtheoretische Neubegründung der Strafe , KrimJ 16 (1984), 132 ff.
- Baumann / Maetze / Mey, Rückfälligkeit, Mschr Krim 66, 1984, 193 ff.**  
 Baumann, Karl-Heinz / Maetze, W. / Mey, H.-G.,  
 Zur Rückfälligkeit nach Durchlaufen des Einweisungsverfahrens gem. § 152 Abs. 2 StVollzG in Nordrhein- Westfalen, Mschr Krim 66, 1984, 193 ff.
- Baumann / Weber / Mitsch/ Eisele, Strafrecht AT, 2016**  
**Baurmann, Dogmatik, 1980, 196 ff.**  
 Baumann, Jürgen / Weber, Ulrich / Mitsch, Wolfgang / Eisele, Jörg,  
 Strafrecht. Allgemeiner Teil, 12. Aufl., 2016  
 Baurmann, Michael,  
 Schuldlose Dogmatik?, in: Lüderssen, Klaus/ Sack, Fritz (Hrsg.): Abweichendes Verhalten, Band IV: Kriminalpolitik und Strafrecht, 1980, 196 ff.
- Beccaria, Verbrechen, 1766/ 1966**  
 Beccaria, Cesare,  
 Über Verbrechen und Strafe (1766), Alff, Wilhelm Josef (Übers.), 1966
- Beling, Lehre, 1906**  
 Beling, Ernst,  
 Die Lehre vom Verbrechen, 1906
- Beling, Vergeltungsidee, 1908**  
 Beling, Ernst,  
 Die Vergeltungsidee und ihre Bedeutung für das Strafrecht. Kritische Beiträge zur Strafrechtsreform, Heft 1, 1908
- Beling, Vergeltungstheorie, 1908**  
 Beling, Ernst,  
 Die Vergeltungstheorie und ihre Bedeutung für das Strafrecht, 1908
- Bentham, Grundsätze, 1786/1830**  
 Bentham, Jeremy,  
 Grundsätze der Civil- und Criminal-Gesetzgebung, Band 2, 2. Aufl. (engl. 1786), mit Anmerkungen von Dr. Friedrich Eduard Beneke, Erster Band, Berlin 1830 ...
- Bentham, Introduction, 1948**  
 Bentham, Jeremy,  
 An Introduction to the Principles of Morals and Legislation, 1780, Neuausgabe 1948
- Berndt, Bewährungsaufgabe, 1994**  
 Berndt, Sabine Veronika,  
 Bewährungsaufgabe und Freiheitsstrafe, 1994
- Beulke, Strafprozessrecht, 2016**  
 Beulke, Werner,  
 Strafprozessrecht, 13. Aufl., 2016
- Bielefeldt, Gerechtigkeit, GA 1990, 108 ff.**  
 Bielefeldt, Heiner,  
 Neuzeitliches Freiheitsrecht und politische Gerechtigkeit, Perspektiven der Gesellschaftsvertragstheorien, GA 1990, 108 ff.
- Bieri, Handwerk, 2001**  
 Bieri, Peter,  
 Das Handwerk der Freiheit: Über die Entdeckung des eigenen Willens, 2001
- Binding, Normen II, 1914**  
 Binding, Karl,  
 Die Normen und ihre Übertretung. Eine Untersuchung über die rechtmäßige Handlung und die Arten des Delikts, 2. Band, Schuld.

- Binding, Problem, 1915**  
 Vorsatz. Irrtum. 1. Hälfte, Zurechnungsfähigkeit. Schuld, 2. Aufl. 1914  
 Binding, Karl,  
 Das Problem der Strafe in der heutigen Wissenschaft; Strafrechtliche und strafprozessuale Abhandlungen, Bd. I, 1915
- Bindokat, Rückfallstrafe, ZStW 71 (1959), 218 ff.**  
 Bindokat, Heinz,  
 Zur Rückfallstrafe de lege ferenda, ZStW 71 (1959), 218 ff.
- Blei, Strafrecht AT, 1983**  
 Blei, Hermann,  
 Strafrecht I. Allgemeiner Teil, 18. Aufl. 1983
- Bloy, Handlungsbegriff, ZStW 90 (1978), 609 ff.**  
 Bloy, René,  
 Finaler und sozialer Handlungsbegriff, ZStW 90 (1978), 609 ff.
- Bock, Ideen, ZStW 103 (1991), 636 ff.**  
 Bock, Michael,  
 Ideen und Chimären im Strafrecht. Rechtssoziologische Anmerkungen zur Dogmatik der positiven Generalprävention, ZStW 103 (1991), 636 ff.
- Bockelmann, Kritik, 1976, 1 ff.**  
 Bockelmann, Paul,  
 Zur Kritik der Strafrechtskritik, in: Warda, Günter/ Waider, Heribert/ Hippel v., Reinhard/ Meurer, Dieter (Hrsg.), Festschrift für Richard Lange zum 70. Geburtstag, 1976, 1 ff.
- Bockelmann, Studien, 1940**  
 Bockelmann, Paul,  
 Studien zum Täterstrafrecht, 2. Teil, 1940
- Bockelmann, Willensfreiheit, ZStW 75 (1963), 372 ff.**  
 Bockelmann, Paul,  
 Willensfreiheit und Zurechnungsfähigkeit, ZStW 75 (1963), 372 ff.
- Bohnert, C., Straftheorie, 1992**  
 Bohnert, Cornelia,  
 Zu Straftheorie und Staatsverständnis im Schulenstreit der Jahrhundertwende, 1992 (zugl. Diss. Freiburg (Breisgau))
- Bohnert, J., Abschlussentscheidung, 1992**  
 Bohnert, Joachim,  
 Die Abschlußentscheidung des Staatsanwaltes, 1992
- Bohnert, J., Feuerbach, 1982**  
 Bohnert, Joachim,  
 Paul Johann Anselm Feuerbach und der Bestimmtheitsgrundsatz im Strafrecht, 1982
- Bollnow, Sittlichkeit, 1945**  
 Bollnow, Otto Friedrich,  
 Einfache Sittlichkeit, 1945
- Börner, Legitimation, 2014**  
 Börner, René,  
 Legitimation durch Strafverfahren: Die normative Kraft des Misstrauens, 2014
- Bröckers, Verantwortung, 2015**  
 Bröckers, Boris,  
 Strafrechtliche Verantwortung ohne Willensfreiheit, 2015
- Bruns, Grundfragen, 1974**  
 Bruns, Hans-Jürgen,  
 Alte Grundfragen und neue Entwicklungstendenzen im modernen Strafzumessungsrecht, in: Festschrift für Hans Welzel, 1974, 739 ff.
- Bruns, Recht, 1985**  
 Bruns, Hans-Jürgen,  
 Das Recht der Strafzumessung. Systematische Darstellung für die Praxis, 2. Aufl. 1985
- Bruns, Reflexionen, 1988**  
 Bruns, Hans-Jürgen,  
 Neues Strafzumessungsrecht? "Reflexionen" über eine geforderte Umgestaltung, 1988
- Bruns, Strafzumessungsrecht, 1974**  
 Bruns, Hans-Jürgen,  
 Strafzumessungsrecht. Gesamtdarstellung, 2. Aufl. 1974
- Buri, Causalität, 1873**  
 Buri, Maximilian von,  
 Über Causalität und deren Verantwortung, 1873
- Buri, Kausalität, ZStW 2 (1882), 232 ff**  
 Buri, Maximilian von,  
 Über Kausalität und Teilnahme, ZStW 2 (1882), 232 ff.
- Burkhardt, Möglichkeit, 1983, 51 ff.**  
 Burkhardt, Björn,  
 Zur Möglichkeit einer utilitaristischen Rechtfertigung des Schuldprinzips, in: Baumgartner, Hans Michael/ Eser, Albin (Hrsg.), Schuld und Verantwortung, 1983, 51 ff.
- Burkhardt, Überlegungen, Zfs 3 (1981), 155 ff.**  
 Burkhardt, Björn,  
 Überlegungen zu einer dispositionalen Deutung des Anders-Handeln-Könnens, in: Analyse und Kritik, Zeitschrift für



- Burkhardt, Zweckmoment, GA 1976, 321**  
**Bydlinski, System, 1986, 21 ff.**
- Calliess/ Müller-Dietz, Strafvollzugsgesetz, 2008**  
**Cassirer, Versuch, 1944/2007**
- Chaiken, Varieties, 1982**
- Chisholm, Freedom, 1982, 24 ff.**
- Chun/Brass/Heinze/Haynes, determinants, 2008, 543 ff.**
- Coing, Grundzüge, 1993**
- Crespo, Kompatibilismus, GA 2013, 15 ff.**
- Czeguhn, Strafgesetzbuch, 2014, 227 ff.**
- Danner, Willen, 1974**
- Darwall, Second-Person, 2006 268,**
- Demmerling, Scham, 2014, 115 ff.**
- Dennett, Freedom, 2003**
- Dennett, Mechanism, 1982, 150 ff.**
- Detlefsen, Grenzen, 2007**
- Di Fabio, Recht, 1998**
- Di Fabio, Sicherheit, NJW 2008, 421ff.**  
**Diesselhorst, Naturzustand, 1988**
- Dölling, Strafaussetzung, NJW 1987,**
- Sozialwissenschaften, 1981, 155 ff.  
Burkhardt, Björn,  
Das Zweckmoment im Strafrecht, GA 1976, 321 ff.  
Bydlinski, Franz  
Bewegliches System und juristische Methodenlehre, in: Bydlinski, Franz/ Krejci, Heinz/ Schilcher, Bernd/ Steininger, Viktor (Hrsg.), Das Bewegliche System im geltenden und künftigen Recht, 1986, 21 ff.  
Calliess, Rolf-Peter/ Müller-Dietz, Heinz,  
Strafvollzugsgesetz, 11. Aufl., 2008  
Cassirer, Ernst,  
Versuch über den Menschen: Einführung in eine Philosophie der Kultur, 1944/ 2007  
Chaiken, Jan M.,  
Varieties of Criminal Behavior - Summary and Policy Implications, 1982  
Chisholm, Roderick M.,  
Human Freedom and the Self, in: Watson, Gary (Hrsg.), Free Will, 1982, 24 ff.  
Chun Siong Soon, Marcel Brass, Hans-Jochen Heinze & John-Dylan Haynes,  
Unconscious determinants of free decisions in the human brain, Nature Neuroscience 11, 2008, 543--545  
Coing, Helmut,  
Grundzüge der Rechtsphilosophie, 5. Aufl. 1993  
Crespo, Eduardo Demetrio,  
"Humanistischer Kompatibilismus" – Ein Versöhnungsvorschlag zwischen Neurowissenschaften und Strafrecht, GA 2013, 15 ff.  
Czeguhn, Ignacio,  
Das bayerische Strafgesetzbuch von 1813: Arten der Strafe, in: Koch, Arnd /Kubiciel, Michael /Löhnig, Martin/ Pawlik, Michael, (Hrsg.), Feuerbachs Bayerisches Strafgesetzbuch. Die Geburt liberalen, modernen und rationalen Strafrechts, 2014, 227 ff.  
Danner, Manfred,  
Gibt es einen freien Willen?, 3. Aufl. 1974  
Darwall, Stephen,  
The Second Person Standpoint: Morality, Respect, and Accountability, Harvard University Press, 2006  
Demmerling, Christoph,  
Scham, Schuld und Empörung. Moralische Gefühle und das gute Leben, in: Cornelia Richter (Hrsg.), Fragile Vielfalt. Gutes Lebens zwischen Glück, Vertrauen, Leid und Angst, 2014, 115 ff.  
Dennett, Daniel C.,  
Freedom Evolves, 2003  
Dennett, Daniel C.,  
Mechanism and Responsibility, in: Watson, Gary (Hrsg.), Free Will, 1982, 150 ff.  
Detlefsen, Grischa,  
Grenzen der Freiheit - Bedingungen des Handelns - Perspektive des Schuldprinzips Konsequenzen neurowissenschaftlicher Forschung für das Strafrecht, 2007  
Di Fabio, Udo,  
Das Recht offener Staaten. Grundlinien einer Staats- und Rechtstheorie, 1998  
Di Fabio, Udo,  
Sicherheit in Freiheit, NJW 2008, 421 ff.  
Diesselhorst, Malte,  
Naturzustand und Sozialvertrag bei Hobbes und Kant. Zugleich ein Beitrag zu den Ursprüngen des modernen Systemdenkens, 1988  
Dölling, Dieter,

- 1041 ff.** Das 23. Strafrechtsänderungsgesetz - Strafaussetzung zur Bewährung, NJW 1987, 1041 ff.
- Dreher, Willensfreiheit, 1987** Dreher, Eduard,  
Die Willensfreiheit. Ein zentrales Problem mit vielen Seiten. 1987
- Drenkhahn, Research, 2014, 9 ff.** Drenkhahn, Kirstin,  
Research of long-time imprisonment, in: Drenkhahn, Kirstin/ Dudeck, Manuela / Dünkel, Frieder (Ed.), Long-Term Imprisonment and Human Rights, 2014, 9 ff.
- Dünkel, Forschung, 1996, 61 ff.** Dünkel, Frieder,  
Empirische Forschung im Strafvollzug in Deutschland seit 1945, in: Manssen, Gerrit (Hrsg.) Rechtswissenschaft im Aufbruch, Greifswalder Antrittsvorlesungen, 1996, 61 ff.
- Dünkel, Kriterien, Mschr Krim 64, 1981, 279 ff.** Dünkel, Frieder,  
Prognostische Kriterien zur Abschätzung des Erfolges von Behandlungsmaßnahmen im Strafvollzug sowie für die Entscheidung über die bedingte Entlassung, Mschr Krim 64, 1981, 279 ff.
- Dünkel, Strafaussetzung, ZStW 95 (1983), 1039 ff.** Dünkel, Frieder,  
Rechtliche, rechtsvergleichende und kriminologische Probleme der Strafaussetzung zur Bewährung, ZStW 95 (1983), 1039 ff.
- Dux, Täter, 1988** Dux, Günter,  
Der Täter hinter dem Tun. Zur soziologischen Kritik der Schuld, 1988
- Ebbinghaus, Strafen, 1968** Ebbinghaus, Julius,  
Die Strafen für Tötung eines Menschen nach Prinzipien einer Rechtsphilosophie der Freiheit, Kant-Studien, Ergänzungsheft 94, 1968
- Ebert, Talion, 1991, 249 ff.** Ebert, Udo,  
Talion und Vergeltung im Strafrecht - ethische, psychologische und historische Aspekte, in: Jung, Heike/ Müller-Dietz, Heinz/ Neumann, Ulfrid (Hrsg.): Recht und Moral. Beiträge zu einer Randerscheinung, 1991, 249 ff.
- Edmaier, Schulderrfahrung, 1975, 162 ff.** Edmaier, Alois,  
Schulderrfahrung und Sollensbegriff, Philosophisches Jahrbuch 82 (1975), 162 ff.
- Eisenberg, JGG, 2017** Eisenberg, Ulrich,  
Jugendgerichtsgesetz, 19. Aufl., 2017
- Eisenberg, Kriminologie, 2005** Eisenberg, Ulrich,  
Kriminologie, 6. Aufl. 2005
- Ellscheid/ Hassemer, Strafe, 1970, 27 ff.** Ellscheid, Günter/ Hassemer, Winfried,  
Strafe ohne Vorwurf, in: Civitas II (1970), 27 ff. = Lüderssen, Klaus/ Sack, Fritz (Hrsg.): Abweichendes Verhalten II. Die gesellschaftliche Reaktion auf Kriminalität, Band 1: Strafgesetzgebung und Strafrechtsdogmatik, 1975, 266 ff.
- Enderlein, Begründung, 1985, 303 ff.** Enderlein, Wolfgang,  
Die Begründung der Strafe bei Kant, Kantstudien (76) 1985, 303 ff.
- Engisch, Charakterschuld, MSchrKrim 50 (1967), 108 ff.** Engisch, Karl,  
Um die Charakterschuld, MSchKrim 50 (1967) 108 ff.
- Engisch, Idee, 1968** Engisch, Karl,  
Die Idee der Konkretisierung in Recht und Rechtswissenschaft unserer Zeit, 2. Aufl. 1968
- Engisch, Willensfreiheit, 1965** Engisch, Karl,  
Die Lehre von der Willensfreiheit in der strafrechtsphilosophischen Doktrin der Gegenwart, 2. Aufl. 1965
- Engländer, Revitalisierung, ZStW 2015, 616 ff.** Engländer, Armin  
Revitalisierung der materiellen Rechtsgutslehre durch das Verfassungsrecht?, ZStW 2015, 616 ff.
- Erber-Schropp, Schuld, 2016 37** Erber-Schropp, Julia Maria,  
Schuld und Strafe: Eine strafrechtsphilosophische Untersuchung des Schuldprinzips, 2016
- Erhard, Strafzumessung, 1992** Erhard, Christopher,

- Fabricius, Kriminalwissenschaften I, 2011**  
**Feltes, Strafanspruch, 2007**
- Feuerbach, Revisionen, JALZ, 1801, Sp. 255 f.**
- Feuerbach, Grundsätze, 1842**
- Feuerbach, Lehrbuch, 1801**
- Feuerbach, Revision, 1799**
- Feuerbach, Strafe, 1800**
- Feinberg, Function, 1965, 397 ff.**
- Fichte, Grundlage, 1796/1971, 1 ff.**
- Figal, Unscheinbarkeit, 2015**
- Figueiredo Dias, Schuld, ZStW 95 (1983), 220 ff.**
- Fischer, StGB-Kommentar, 2017**
- Flechtheim, Hegel, 1936/1975**
- Frehsee, Schadenswiedergutmachung, 1987**
- Freund, Legitimationsfunktion, 1996, 43 ff.**
- Freund, Strafrecht AT, 2008**
- Frisch, Marburger Programm, ZStW 94 (1982), 565 ff.**
- Frisch, Maßregeln, ZStW 102 (1990), 343 ff.**
- Strafzumessung bei Vorbestraften unter dem Gesichtspunkt der Strafzumessungsschuld. Zugleich ein Beitrag zur Struktur der in § 46 StGB verwendeten Systemkategorie „Schuld“, 1992
- Fabricius, Dirk,  
 Kriminalwissenschaften: Grundlagen und Grundfragen I, 2011
- Feltes, Thomas,  
 Der staatliche Strafanspruch. Überlegungen zur Struktur, Begründung und Realisierung staatlichen Strafens, 2007
- Feuerbach, Paul Johann Anselm Ritter von,  
 Revisionen der Fortschritte des Criminalrechts, Ergänzungsblätter zur Jenaischen Allgemeinen Literatur-Zeitung, 1. Jahrgang, Band 1, 1801, Sp. 255 f.
- Feuerbach, Paul Johann Anselm von,  
 Grundsätze der Philosophie der Zukunft, Kleine philosophische Schriften (1842-1845). Leipzig 1950, S. 87 ff.
- Feuerbach, Paul Johann Anselm von,  
 Lehrbuch des gemeinen in Deutschland geltenden Peinlichen Rechts, 1801
- Feuerbach, Paul Johann Anselm von,  
 Revision der Grundsätze und Grundbegriffe des positiven peinlichen Rechts, Band 1, 1799
- Feuerbach, Paul Johann Anselm Ritter von,  
 Über die Strafe als Sicherungsmittel vor künftigen Beleidigungen des Verbrechens. Anhang zu: Revision der Grundsätze und Grundbegriffe des positiven peinlichen Rechts, 2. Theil, 1800
- Feinberg, Joel,  
 The Expressive Function of Punishment, The Monist, Volume 49, 1965, pp. 397
- Fichte, Johann G.,  
 Grundlage des Naturrechts nach Principien der Wissenschaftslehre, 1796, in: Fichte, Imanuel H. (Hrsg.), Fichtes Werke, Band III, Zur Rechts- und Sittenlehre I, 1971, 1 ff.
- Figal, Günter,  
 Unscheinbarkeit: Der Raum der Phänomenologie, 2015
- Figueiredo Dias, Jorge de,  
 Schuld und Persönlichkeit. Für eine rechtsethische Erneuerung des Schuldbegriffs im Strafrecht, ZStW 95 (1983), 220 ff.
- Fischer, Thomas,  
 Strafgesetzbuch: StGB mit Nebengesetzen. Kommentar, 64. Aufl. 2017
- Flechtheim, Ossip Kurt,  
 Hegels Strafrechtstheorie, 1936 (Nachdruck 1975)
- Frehsee, Detlev,  
 Schadenswiedergutmachung als Instrument strafrechtlicher Sozialkontrolle, 1987
- Freund, Georg,  
 Zur Legitimationsfunktion des Zweckgedankens im gesamten Strafrechtssystem; in Wolter, Jürgen/Freund, Georg (Hrsg.), Straftat, Strafzumessung und Strafprozeß im gesamten Strafrechtssystem. Straftatbegriff - Straftatzurechnung - Strafrechtswitz - Strafausschluß - Strafverzicht - Strafklageverzicht, 1996, 43 ff.
- Freund, Georg,  
 Strafrecht Allgemeiner Teil, 2. Aufl., 2008
- Frisch, Wolfgang,  
 Das Marburger Programm und die Maßregeln der Besserung und Sicherung, ZStW 94 (1982), 565 ff.
- Frisch, Wolfgang,  
 Die Maßregeln der Besserung und Sicherung im strafrechtlichen Rechtsfolgensystem. Straftheoretische Einordnung, inhaltliche Ausgestaltung und rechtsstaatliche Anforderungen, ZStW 102

- Frisch, Strafe, GA, 2015, 64 ff.**  
**Frisch, Strafzumessungsdogmatik, ZStW 99 (1987), 349 ff.**  
**Frisch, Verhältnis, GA 2014, 489 ff.**  
**Frister, Schuldprinzip, 1988**  
**Frister, Struktur, 1993**  
**Fritsche, Entschuldigen, 2003**  
**Frommel, Präventionsmodelle, 1987**  
**Gallas, Stand, ZStW 67 (1955), 1 ff.**  
**Garland, Culture, 2001**  
**Geerds, Einzelner, 1969**  
**Gehlen, Mensch, 1966**  
**Gehlen, Theorie, 1965**  
**Giehling, Forschung, KrimJ 1987, 2 ff. 173**  
**Gimbernat Ordeig, Nichtbeweisbarkeit, 1973, 151 ff.**  
**Gogorza, Grundsatz, GA 2015, 694 ff.**  
**Gosepath, Eigeninteresse, 1992**  
**Gössel, Rezension, JA 1975, 321 ff.**  
**Gössel, Wesen, 1988, 3 ff.**
- (1990), 343 ff.  
Frisch, Wolfgang,  
Strafe, Straftat und Strafsystem im Wandel, GA (162), 2015, 64 ff.  
Frisch, Wolfgang,  
Gegenwärtiger Stand und Zukunftsperspektiven der  
Strafzumessungsdogmatik. Das Recht der Strafzumessung im Lichte  
der systematischen Darstellungen von Hans-Jürgen Bruns und Franz  
Pallin, Teil I und II, ZStW 99 (1987), 349 ff.; 751 ff.  
Frisch, Wolfgang,  
Über das Verhältnis von Straftatsystem und Strafzumessung –  
Unrecht und Schuld in der Verbrechenslehre und in der  
Strafzumessung, GA 2014, 489 ff.  
Frister, Helmut  
Schuldprinzip, Verbot der Verdachtsstrafe und Unschuldsvermutung  
als materielle Grundprinzipien des Strafrechts  
Frister, Helmut  
Die Struktur des voluntativen Schuldlements. Zugleich eine Analyse  
des Verhältnisses von Schuld und positiver Generalprävention, 1993  
Fritsche, Immo,  
Entschuldigen, Rechtfertigen und die Verletzung sozialer Normen,  
2003  
Frommel, Monika,  
Präventionsmodelle in der deutschen Strafzweckdiskussion, 1987  
Gallas, Wilhelm,  
Zum gegenwärtigen Stand der Lehre vom Verbrechen, ZStW 67  
(1955), 1 ff.  
Garland, David,  
The Culture of Control: Crime and Social Order in Contemporary  
Society, 2001  
Geerds, Friedrich,  
Einzelner und Strafgewalt im geltenden Strafrecht, 1969  
Gehlen, Arnold,  
Der Mensch. Seine Natur und seine Stellung in der Welt, 8. Aufl.  
1966  
Gehlen, Arnold,  
Theorie der Willensfreiheit und frühe philosophische Schriften, 1965  
Giehling, Heinz,  
Sozialwissenschaftliche Forschung zur Generalprävention und  
normative Begründung des Strafrechts, Kriminologisches Journal,  
1987, 2 ff.  
Gimbernat Ordeig, Enrique,  
Zur Strafrechtssystematik auf der Grundlage der Nichtbeweisbarkeit  
der Willensfreiheit, in: Roxin, Claus/ Bruns, Hans-Jürgen/ Jäger,  
Herbert (Hrsg.), Grundfragen der gesamten Strafrechtswissenschaft.  
Festschrift für Heinrich Henkel zum 70. Geburtstag am 12.  
September 1973, 1974, 151 ff.  
Gogorza, Amane,  
Zum Grundsatz der Wiedereingliederung im französischen Strafrecht  
GA 2015, 694 ff.  
Gosepath, Stefan,  
Aufgeklärtes Eigeninteresse. Eine Theorie theoretischer und  
praktischer Rationalität, 1992  
Gössel, Karl-Heinz,  
Rezension von Roxin, Claus/ i.V.m. Bruns, Hans-Jürgen und Jäger,  
Herbert (Hrsg.): Grundfragen der gesamten Strafrechtswissenschaft -  
Festschrift für Heinrich Henkel zum 70. Geburtstag, 1974, JA 1975,  
321 ff.  
Gössel, Karl-Heinz,  
Wesen und Begründung der strafrechtlichen Sanktionen, in: Freiherr  
von Gamm, Otto Friedrich/ Raisch, Peter/ Tiedemann, Klaus (Hrsg.),

- Gramatica, Principi, 1961**  
Gramatica, Filippo,  
Principi di difesa sociale, 1961
- Grasnick, Schuld, 1987**  
Grasnick, Walter,  
Über Schuld, Strafe und Sprache. Systematische Studien zu den Grundlagen der Punktstrafen- und Spielraumtheorie; Mitglieder der Juristischen Fakultät der Universität Tübingen (Hrsg.), Tübinger rechtswissenschaftliche Abhandlungen, Band 64, 1987
- Graßberger, Versuch, ÖZföR 1956, 281 ff. 105**  
Graßberger, Roland,  
Versuch einer dynamischen Strafrechtstheorie, Österreichische Zeitschrift für öffentlichen Recht, 1956, 281 ff.
- Greenwood/ Abrahamse, Selective Incapacitation, 1982**  
Greenwood, Peter W./ Abrahamse, Allan F.,  
Selective incapacitation, 1982
- Griffel, Determination, ARSP 1994, 96 ff. 252**  
Griffel, Anton,  
Determination und Strafe, ARSP 1994, 96 ff.
- Grimm, J. und W., Wörterbuch, 1956**  
Grimm, Jakob und Wilhelm,  
Deutsches Wörterbuch bearbeitet von H. Wunderlich), Band 4, 1949, Bd. 9 (bearb. von M. Heyne), 1899, Bd. 12, 1. Abt. (bearb. von E. Wülcker u.a.), 1956
- Grommes, Sühnebegriff, 2006**  
Grommes, Sabine,  
Der Sühnebegriff in der Rechtsprechung. Eine ideologiekritische Betrachtung, 2006
- Gropp, Strafrecht AT, 2015**  
Gropp, Walter,  
Strafrecht Allgemeiner Teil, 4. Aufl. 2015
- Grotius, De Jure, 1631/1950**  
Grotius, Hugo,  
De Jure belli ac pacis Libri tres, 2. Ed, 1631, Drei Bücher vom Recht des Krieges und des Friedens, Schätzel, Walter (Hrsg., Übers.), 1950
- Gründel, Umgang, 1993, 423 ff.**  
Gründel, Johannes,  
Umgang mit Schuld. Theologisch-ethische Perspektiven, in; Haft, Fritjof/ Hassemer, Winfried/ Neumann, Ulfrid/ Schild, Wolfgang/ Schroth, Ulrich (Hrsg.): Strafgerechtigkeit. Festschrift für Arthur Kaufmann zum 70. Geburtstag, 1993, 423 ff.
- Günther, K., Freiheit, 1998, 153 ff.**  
Günther, Klaus,  
Freiheit und Schuld in den Theorien der positiven Generalprävention. Ein Beitrag zur normativen Kritik, in: Bernd Schünemann / Andreas von Hirsch / Nils Jareborg (Hrsg.), Positive Generalprävention, 1998, 153 ff.
- Günther, K., Zurechnung, 2014, 9 ff.**  
Günther, Klaus,  
Zurechnung, Strafe und das Selbstverständnis von Personen, in: Klaus Günther/Matthias Jahn/Lothar Kühlen/Reinhard Merkel/Cornelius Nestler/Lorenz Schulz (Hrsg.), Rationalität und Empathie. Kriminalwissenschaftliches Symposium für Klaus Lüderssen zum 80. Geburtstag, 2014, 9 ff.
- Günther, L., Wiedervergeltung, 1966**  
Günther, Louis,  
Die Idee der Wiedervergeltung in der Geschichte und Philosophie des Strafrechts. Ein Beitrag zur universalhistorischen Entwicklung desselben, Bd. 1, 1889, Neudruck 1966
- Günther/ Prittwitz, Verantwortung, 2010, 331 ff.**  
Günther, Klaus/ Prittwitz, Cornelius,  
Individuelle und kollektive Verantwortung im Strafrecht, in: Herzog / Neumann, Festschrift für Winfried Hassemer zum 70. Geburtstag am 17. Februar 2010, 2010, 331 ff.
- Gutmann, C., Freiwilligkeit, 1993**  
Gutmann, Christine,  
Freiwilligkeit und (Sozio-) Therapie – notwendige Verknüpfung oder Widerspruch?, 1993
- Habermas, Universalpragmatik, 1976/1984**  
Habermas, Jürgen,  
Was heißt Universalpragmatik? (1976) in: Vorstudien und Ergänzungen zur Theorie des kommunikativen Handelns, 1984, 353 ff.

- Haeffner, Anthropologie, 2000**  
Haeffner, Gerd  
Philosophische Anthropologie, 3. Aufl. 2000
- Hall, Fahrlässigkeit, 1959**  
Hall, Karl Alfred,  
Fahrlässigkeit im Vorsatz. Eine anthropologisch-  
strafrechtsdogmatische Studie, 1959
- Hamel, Strafen, 2009**  
Hamel, Roman,  
Strafen als Sprechakt: Die Bedeutung der Strafe für das Opfer, 2009
- Hartmann, Ethik, 1962**  
Hartmann, Nicolai,  
Ethik, 2. Aufl. 1935; 3. Aufl. 1949; 4. Aufl. 1962
- Hartmann, Möglichkeit, 1966**  
Hartmann, Nicolai,  
Möglichkeit und Wirklichkeit, 3. Aufl., 1966
- Hassemer, Alternativen, 1983, 89 ff.**  
Hassemer, Winfried,  
Alternativen zum Schuldprinzip?, in: Baumgartner, Hans Michael/  
Eser, Albin (Hrsg.), Schuld und Verantwortung, 1983, 89 ff.
- Hassemer, Einführung, 1990**  
Hassemer, Winfried,  
Einführung in die Grundlagen des Strafrechts, 2. Aufl. 1990
- Hassemer, Generalprävention, 1979, 29 ff.**  
Hassemer, Winfried,  
Generalprävention und Strafzumessung, in: Hauptprobleme der  
Generalprävention, Hassemer, Winfried/ Lüderssen, Klaus/ Naucke,  
Wolfgang (Hrsg.), 1979, 29 ff.
- Hassemer, Resozialisierung, KrimJ 14 (1982), 161 ff.**  
Hassemer, Winfried,  
Resozialisierung und Rechtsstaat, Kriminologisches Journal 14  
(1982), 161 ff.
- Hassemer, Strafe, 2009**  
Hassemer, Winfried,  
Warum Strafe sein muss: Ein Plädoyer, 2009
- Hassemer, Theorie, 1973**  
Hassemer, Winfried,  
Theorie und Soziologie des Verbrechens. Ansätze zu einer  
praxisorientierten Rechtsgutslehre, 1973 (2. Aufl. 1980)
- Hattenhauer, Buße, 1983 16**  
Hattenhauer, Hans,  
Über Buße und Strafe im Mittelalter, Zeitschrift der Savigny-Stiftung  
für Rechtsgeschichte (ZRG), Germanische Abteilung 100, 1983
- Hattenhauer, Rechtsgeschichte, 2004 16**  
Hattenhauer, Hans,  
Europäische Rechtsgeschichte, 4. Aufl. 2004
- Hauptmann, Strafrecht, Rth 15 (1984), 153 ff. 245**  
Hauptmann, Walter,  
Strafrecht und Willensfreiheit, Rechtstheorie 15 (1984), 153 ff.
- Hegel, Grundlinien (Hoffmeister), 1820/1995**  
Hegel, Georg Wilhelm Friedrich,  
Grundlinien der Philosophie des Rechts. Mit Hegels eigenhändigen  
Randbemerkungen in seinem Handexemplar der Rechtsphilosophie,  
1820 (Textedition von Johannes Hoffmeister), 1995, Philosophische  
Bibliothek, Band 483
- Heinrich, Strafrecht AT, 2016**  
Heinrich, Bernd,  
Strafrecht. Allgemeiner Teil, 5. Aufl., 2016
- Henke, Recht, 1988**  
Henke, Wilhelm,  
Recht und Staat. Grundlagen der Jurisprudenz, 1988
- Henkel, Rechtsphilosophie, 1977**  
Henkel, Heinrich,  
Einführung in die Rechtsphilosophie. Grundlagen des Rechts, 1964;  
2. Aufl. 1977
- Henkel, Strafe, 1969**  
Henkel, Heinrich,  
Die "richtige" Strafe. Gedanken zur richterlichen Strafzumessung,  
1969
- Hermann, Inhaftierung, ZfStrVo Jg. 39, 1990, 76 ff.**  
Hermann, Dieter,  
Inhaftierung und Rückfall, in: Zeitschrift für Strafvollzug und  
Straffälligenhilfe Jg. 39, 1990, Nr. 2, 76 ff.
- Hermann, Kompatibilität, GA 1992, 516 ff.**  
Hermann, Dieter,  
Die Kompatibilität zwischen normativen Straftheorien und  
Kriminalitätstheorien, GA 1992, 516 ff.
- Hermann/ Kerner, Eigendynamik, KZfSS 1988, 485 ff.**  
Hermann, Dieter/ Kerner, Hans-Jürgen,  
Die Eigendynamik der Rückfallkriminalität; in: KZfSS, Nr. 40, 1988,  
485 ff.
- Herzberg, Schuldbegriff, GA 2015,**  
Herzberg, Rolf Dietrich,

<b>250 ff.</b>	Der strafrechtliche Schuldbegriff im 21. Jahrhundert, GA 2015, 250 ff.
<b>Herzberg, Willensunfreiheit, 2010</b>	Herzberg, Rolf Dietrich, Willensunfreiheit und Schuldvorwurf, 2010
<b>Herzog, F., Prävention, 1987</b>	Herzog, Felix, Prävention des Unrechts oder Manifestation des Rechts. Bausteine zur Überwindung des heteronom-präventiven Denkens der Strafrechtstheorie der Moderne, 1987
<b>Hilgendorf/Valerius, Strafrecht AT, 2015</b>	Hilgendorf, Eric/Valerius, Brian, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl., 2015
<b>Hill, Kant, 1997, 291 ff.</b>	Hill, Thomas E. Jr., Kant on Punishment: A Coherent Mix of Deterrence and Retribution, in: Byrd., B. Sharon/ Hruschka, Joachim/ Joerden, Jan C. (Hrsg.), Jahrbuch für Recht und Ethik, Band 5, 1997, 291 ff.
<b>Hillenkamp, Hirnforschung, ZStW 2015, 12 ff. 280</b>	Hillenkamp, Thomas, Hirnforschung, Willensfreiheit und Strafrecht – Versuch einer Zwischenbilanz, ZStW 2015, (127), 12 ff.
<b>Hippel, Strafrecht, 1925-1930</b>	Hippel, Robert von, Deutsches Strafrecht, Band I, Allgemeine Grundlagen, 1925-1930
<b>Hirsch, A. v., Past, 1986</b>	Hirsch, Andrew von, Past for future Crimes: Deservedness and dangerousness in the sentencing of criminals, 1986
<b>Hirsch, A. v., Strafe, 2011</b>	Hirsch, Andreas von, Strafe - Warum?: Gegenwärtige Strafbegründungen im Lichte von Hegels Strafrechtstheorie, 2011
<b>Hirsch, A. v., Strafrechtstheorie, 2005, 257 ff.</b>	Hirsch, Andrew von, Die englischsprachige Strafrechtstheorie – von Interesse für die deutsche Strafrechtsdiskussion? in: Roland Hefendehl (Hrsg.), Empirische und dogmatische Fundamente, kriminalpolitischer Impetus, Symposium für Bernd Schünemann zum 60. Geburtstag, 2005, 257 ff.
<b>Hirsch, H. J., Bilanz, 1986, 133 ff.</b>	Hirsch, Hans Joachim, Bilanz der Strafrechtsreform, in: Hirsch, Hans Joachim/ Kaiser, Günther/ Marquart, Helmut (Hrsg.), Gedächtnisschrift für Hilde Kaufmann, 1986, 133 ff.
<b>His, Strafrecht, 1920/1964</b>	His, Rudolf, Das Strafrecht des deutschen Mittelalters, Teil I: Die Verbrechen und ihre Folgen im Allgemeinen, 1920, Neudruck 1964
<b>Hobbes (Gawlik), Bürger, 1642/1959</b>	Hobbes, Thomas, Vom Menschen. Vom Bürger – De homine (1658), De Cive (1642), Gawlick, Günter (Hrsg.), 1959
<b>Hobbes (Willms), Dialog, 1681/1992</b>	Hobbes, Thomas, Dialog zwischen einem Philosophen und einem Juristen über das englische Recht, engl. posthum veröffentlicht, 1681, Willms, B. (Hrsg.), 1992
<b>Hobbes, lat. Leviathan, 1688</b>	Hobbes, Thomas, Leviathan, lateinische Fassung, 1688
<b>Hobbes, Leviathan, 1681/1955</b>	Hobbes, Thomas, Leviathan; 1681, Oakeschott, Michael (Hrsg.), 1955
<b>Höffe, Gerechtigkeit, 1987</b>	Höffe, Otfried, Politische Gerechtigkeit. Grundlegung einer kritischen Philosophie von Recht und Staat, 1987
<b>Höffe, Grundlegung, 1989</b>	Höffe, Otfried, Grundlegung zur Metaphysik der Sitten. Ein kooperativer Kommentar, 1989
<b>Höffe, Kant, 1982, 335 ff.</b>	Höffe, Otfried, Kants Begründung des Rechtszwanges und der Kriminalstrafe, in: Brandt, Reinhard (Hrsg.), Rechtsphilosophie der Aufklärung, 1982, 335 ff.
<b>Höffe, Lexikon, 2008</b>	Höffe, Otfried,

- Höffe, Rechtsprinzipien, 1990** Lexikon der Ethik, 7. Aufl. 2008  
Höffe, Otfried,  
Kategorische Rechtsprinzipien. Ein Kontrapunkt der Moderne, 1990
- Hoffmann, P., Strafzwecke, 1992** Hoffmann, Peter,  
Zum Verhältnis der Strafzwecke Vergeltung und Generalprävention in ihrer Entwicklung und im heutigen Strafrecht, 1992
- Hoffmann-Holland, Strafrecht AT, 2015** Hoffmann-Holland, Klaus,  
Strafrecht. Allgemeiner Teil, 3. Aufl., 2015
- Holzhauer, Willensfreiheit, 1970** Holzhauer, Heinz,  
Willensfreiheit und Strafe. Das Problem der Willensfreiheit in der Strafrechtslehre des 19. Jahrhunderts und seine Bedeutung für den Schulenstreit, 1970
- Hommel, Beccaria, 1966** Hommel, Karl-Ferdinand,  
Des Herrn Marquis von Beccaria unsterbliches Werk vom Verbrechen und Strafen, 1778; Neudruck; Leckschas, John/ Griebel, Walter (Hrsg.), 1966
- Hoppe/Elger, Neuro-Philosophie, 2012, 259 ff.** Hoppe, Christian / Elger, Christian E.,  
Neuro-Philosophie? - Kritische Anmerkungen aus neurowissenschaftlicher Perspektive, in: Sturma (Hrsg.), Vernunft und Freiheit. Zur praktischen Philosophie von Julian Nida-Rümelin, 259 ff.
- Höffler/Kaspar, Plädoyer, GA 2015, 453 ff.** Höffler, Katrin / Kaspar, Johannes,  
Plädoyer für die Abschaffung der lebenslangen Freiheitsstrafe, GA 2015, 453 ff.
- Hörnle, Kriminalstrafe, 2013** Hörnle, Tatjana,  
Kriminalstrafe ohne Schuldvorwurf: Ein Plädoyer für Änderungen in der strafrechtlichen Verbrechenslehre, 2013
- Hörnle, Straftheorien, 2011** Hörnle, Tatjana,  
Straftheorien, in: Enzyklopädie zur Rechtsphilosophie IVR (Deutsche Sektion) und Deutsche Gesellschaft für Philosophie, Erstpublikation: 08.04.2011
- Hoyer, Ansprechbarkeit, 2011, 723 ff. 62** Hoyer, Andreas,  
Normative Ansprechbarkeit als Schulselement, in: Heinrich, Manfred/ Jäger, Christian / Schünemann, Bernd (Hrsg.), Festschrift für Claus Roxin zum 80. Geburtstag, 2011, 723 ff.
- Hruschka, Kant, 1993, 129 ff.** Hruschka, Joachim,  
Kants Bearbeitung der goldenen Regel im Kontext der vorangegangenen und zeitgenössischen Diskussion, in: Haft, Fritjof/ Hassemer, Winfried/ Neumann, Ulfrid/ Schild, Wolfgang/ Schroth, Ulrich (Hrsg.): Strafgerechtigkeit. Festschrift für Arthur Kaufmann zum 70. Geburtstag, 1993, 129 ff.
- Hruschka, Konkurrenz, JZ 1987, 941 ff.** Hruschka, Joachim,  
Die Konkurrenz von goldener Regel und Prinzip der Verallgemeinerung in der juristischen Diskussion des 17./18. Jahrhunderts als geschichtliche Wurzel von Kants kategorischem Imperativ, JZ 1987, 941 ff.
- Hruschka, Strukturen, 1976** Hruschka, Joachim,  
Strukturen der Zurechnung, 1976
- Hüning, Naturzustand, 2001, 85 ff.** Hüning, Dieter,  
Naturzustand, natürliche Strafgewalt und Staat bei John Locke, in: Souveränitätskonzeptionen. Beiträge zur Analyse politischer Ordnungsvorstellungen im 17. Bis zum 20. Jahrhundert, Peters, Martin/ Schröder, Peter (Hrsg.), 2001, 85 ff.
- Hupperschwiller, Gewissen, 1970** Hupperschwiller, Lutz,  
Gewissen und Wissensbildung in jugendkriminologischer Sicht; Familie und Jugendkriminalität Band 2, 1970
- Inwagen, Incompatibility, 1982, 46 ff.** Inwagen, Peter van,  
The Incompatibility of Free Will and Determinism, in: Watson, Gary (Hrsg.), Free Will, 1982, 46ff.
- Jakl, Recht, 2009** Jakl, Bernhard,



- Recht aus Freiheit.: Die Gegenüberstellung der rechtstheoretischen Ansätze der Wertungsjurisprudenz und des Liberalismus mit der kritischen Rechtsphilosophie Kants. (Schriften zur Rechtstheorie), 2009
- Jäger, Willensfreiheit, GA 2013, 3 ff.** Jäger, Christian, Willensfreiheit, Kausalität und Determination – Stirbt das moderne Schuldstrafrecht durch die moderne Gehirnforschung?, GA 2013, 3 ff.
- Jakobs, Aspekte, 1982, 69 ff.** Jakobs, Günther, Strafrechtliche Schuld ohne Willensfreiheit?, in: Henrich, Dieter, (Hrsg.), Aspekte der Freiheit 1982, 69 ff.
- Jakobs, Bemerkungen, 2014, 280 ff.** Jakobs, Günter, Drei Bemerkungen zum gesellschaftsfunktionalen Schuldbegriff, in: Martin Heger / Brigitte Kelker / Edward Schramm (Hrsg.), Festschrift für Kristian Kühl zum 70. Geburtstag, 2014, 280 ff.
- Jakobs, Handlungsbegriff, 1992** Jakobs, Günther, Der strafrechtliche Handlungsbegriff, 1992
- Jakobs, Norm, 1997** Jakobs, Günther, Norm, Person, Gesellschaft. Vorüberlegung zu einer Rechtsphilosophie, 1997
- Jakobs, Schuld, 1976** Jakobs, Günther, Schuld und Prävention, Recht und Staat, Heft 452/453, 1976
- Jakobs, Schuldprinzip, 1993** Jakobs, Günther, Das Schuldprinzip, 1993
- Jakobs, Selbstverständnis, 2000, 47 ff.** Jakobs, Günther, Das Selbstverständnis der Strafrechtswissenschaft gegenüber den Herausforderungen ihrer Zeit, in: Eser, Albin/ Hassemer, Winfried/ Burkhardt, Björn (Hrsg.), Die deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende. Rückbesinnung und Ausblick, 2000, 47 ff.
- Jakobs, Strafe, 2004** Jakobs, Günther, Staatliche Strafe: Bedeutung und Zweck, 2004
- Jakobs, Strafrecht AT, 1991** Jakobs, Günther, Strafrecht Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre, 2. Aufl. 1991
- Jakobs, Strafrecht, ZStW 107 (1995), 843 ff.** Jakobs, Günther, Das Strafrecht zwischen Funktionalismus und "alteuropäischem" Prinzipiendenken - Oder: Verabschiedung des "alteuropäischen" Strafrechts?, ZStW 107 (1995), 843 ff.
- Jakobs, System, 2012** Jakobs, Günther, System der strafrechtlichen Zurechnung, 2012
- Jakobs, Theorie, 2010, 167 ff.** Günther Jakobs, Zur Theorie des Feindstrafrechts, in: Rosenau, Henning Rosenau / Kim Sangyun (Hrsg.), Straftheorie und Strafgerechtigkeit, 2010, 167 ff.
- Jakobs, Theorie, 2014** Jakobs, Günther, Theorie der Beteiligung, 2014
- Jescheck, Bemerkungen, 1985, 425 ff.** Jescheck, Hans-Heinrich, Rechtsvergleichende Bemerkungen zur Neugestaltung des Mindestprogramms der Défense Sociale, in: Schwind, Hans-Dieter i.V.m. Berz, Ulrich/ Herzberg, Rolf Dietrich/ Geilen, Gerd und Warda, Günter (Hrsg.), Festschrift für Günter Blau zum 70. Geburtstag, 1985, 425 ff.
- Jescheck, Freiheitsstrafe, 1984, 193 ff.** Jescheck, Hans-Heinrich, Die Freiheitsstrafe und ihre Surrogate in rechtsvergleichender Darstellung, in: Jescheck, Hans-Heinrich (Hrsg.), Die Freiheitsstrafe und ihre Surrogate im deutschen und ausländischen Recht, Band 16.3; Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht durch Jescheck, Hans-Heinrich (Hrsg.), Rechtsvergleichende Untersuchungen zur gesamten Strafrechtswissenschaft, 3. Folge, 1984, 193 ff.

- Jescheck, Handlungsbegriff, 1961, 139 ff.**  
Jescheck, Hans-Heinrich,  
Der strafrechtliche Handlungsbegriff in dogmengeschichtlicher Entwicklung, in: Bockelmann, Paul/ Gallas, Wilhelm (Hrsg.), Festschrift für Eberhard Schmidt zum 70. Geburtstag, 1961, 139 ff.
- Jescheck/Weigend, Strafrecht AT, 1996**  
Jescheck, Hans-Heinrich / Weigend, Thomas,  
Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil, 5. Aufl., 1996
- Jung, Garland, Neue Kriminalpolitik, 2001, 16 ff.**  
Jung, Heike,  
Geht es noch härter? David Garlands Sicht der US-amerikanischen Kriminalpolitik, Neue Kriminalpolitik 2001, 16 ff.
- Jung, Verhältnismäßigkeit, GA 2015, 463 ff.**  
Jung, Heike,  
Zu Verhältnismäßigkeit und Grundrechtsschutz im Präventionsstrafrecht, GA 2015, 463 ff.
- Kaiser, G., Einführung, 1997**  
Kaiser, Günther,  
Kriminologie. Eine Einführung in die Grundlagen, 10. Aufl. 1997
- Kaiser, H., Widerspruch, 1999**  
Kaiser, Hanno,  
Widerspruch und harte Behandlung. Zur Rechtfertigung von Strafe, 1999
- Kaiser, G., Kriminologie, 1996**  
Kaiser, Günther,  
Kriminologie. Ein Lehrbuch, 3. Aufl. 1996
- Kant, Anthropologie, 1798, AA**  
Kant, Immanuel,  
Anthropologie in pragmatischer Hinsicht, 1798, in: Immanuel Kant, Gesammelte Schriften, Königlich Preußische Akademie der Wissenschaften (Hrsg.), Band VII, 1904 ff. <https://korpora.zim.uni-duisburg-essen.de/kant/aa19/Inhalt19.html>
- Kant, Denken, 1786, AA**  
Kant, Immanuel,  
Was heißt: sich im Denken orientieren, 1786, in: Immanuel Kant, Gesammelte Schriften, Königlich Preußische Akademie der Wissenschaften (Hrsg.), Band VII, 1904 ff. <https://korpora.zim.uni-duisburg-essen.de/kant/aa19/Inhalt19.html>
- Kant, Grundlegung, 1785, AA**  
Kant, Immanuel,  
Grundlegung zur Metaphysik der Sitten, 1785, in: Immanuel Kant, Gesammelte Schriften, Königlich Preußische Akademie der Wissenschaften (Hrsg.), Band VII, 1904 ff. <https://korpora.zim.uni-duisburg-essen.de/kant/aa19/Inhalt19.html>
- Kant, Kritik p. V., 1788, AA**  
Kant, Immanuel,  
Kritik der praktischen Vernunft (1788). in: Immanuel Kant, Gesammelte Schriften, Königlich Preußische Akademie der Wissenschaften (Hrsg.), Band VII, 1904 ff. <https://korpora.zim.uni-duisburg-essen.de/kant/aa19/Inhalt19.html>
- Kant, Kritik r. V., 1787, AA**  
Kant, Immanuel,  
Kritik der reinen Vernunft (1. Aufl. 1781), 2. Aufl. 1787, in: Immanuel Kant, Gesammelte Schriften, Königlich Preußische Akademie der Wissenschaften (Hrsg.), Band VII, 1904 ff. <https://korpora.zim.uni-duisburg-essen.de/kant/aa19/Inhalt19.html> 7;
- Kant, Metaphysik, 1797, AA**  
Kant, Immanuel,  
Die Metaphysik der Sitten. Erster Teil, Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre (1797), in: Immanuel Kant, Gesammelte Schriften, Königlich Preußische Akademie der Wissenschaften (Hrsg.), Band VI, 1904 ff. <https://korpora.zim.uni-duisburg-essen.de/kant/aa19/Inhalt19.html>
- Kant (Weischedel), Metaphysik, Anhang, 1797/1982**  
Kant, Immanuel,  
Die Metaphysik der Sitten, Erster Teil, Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre, 1797, Anhang erläuternde Bemerkungen zu den metaphysischen Anfangsgründen der Rechtslehre, in: Weischedel, Wilhelm (Hrsg.), Immanuel Kant. 4. Aufl. 1982, Band VIII
- Kant, Nachlass, Moralphilosophie, AA**  
Kant, Immanuel,  
Handschriftlicher Nachlaß, Moralphilosophie, Rechtsphilosophie und Religionsphilosophie, in: Immanuel Kant, Gesammelte Schriften, Königlich Preußische Akademie der Wissenschaften (Hrsg.), Band

**Kant, Religion, 1793, AA**

**Kargl, Friedenssicherung, ARSP  
1996, 485 ff.**

**Kargl, Handlung, 1991**

**Kargl, Kritik, 1982**

**Kaspar, Verhältnismäßigkeit, 2014**

**Kaufmann, Armin, Aufgabe, 1983**

**Kaufmann, Armin, Unrecht, 1974,  
393 ff.**

**Kaufmann, Arthur, Analogie, 1982**

**Kaufmann, Arthur, Betrachtungen,  
Jura 1986, 225 ff.**

**Kaufmann, Arthur, Parallelwertung,  
1982**

**Kaufmann, Arthur, Schuld, 1985, 889  
ff.**

**Kaufmann, Arthur, Schuldprinzip,  
1976**

**Kaufmann, Arthur, Strafe, 1986, 425  
ff.**

**Kaufmann, Hilde, System, 1982, 518  
ff.**

**Keil, Willensfreiheit, 2017**

**Keil, Skizze, (EWE), 2007**

**Keller, W., Philosophie, 1954**

**Kelsen, Rechtslehre, 1960**

**Kerner, Kriminalitätseinschätzung,**

VII, 1904 ff. Band XIX, <https://korpora.zim.uni-duisburg-essen.de/kant/aa19/Inhalt19.html>

Kant, Immanuel,

Die Religion innerhalb der Grenzen der bloßen Vernunft, 1793, in: Immanuel Kant, Gesammelte Schriften, Königlich Preußische Akademie der Wissenschaften (Hrsg.), Band VII, 1904 ff. <https://korpora.zim.uni-duisburg-essen.de/kant/aa19/Inhalt19.html>

Kargl, Walter,

Friedenssicherung durch Strafrecht, in: ARSP 1996, 485 ff.

Kargl, Walter,

Handlung und Ordnung im Strafrecht. Grundlagen einer kognitiven Handlungs- und Straftheorie, Schriften zum Strafrecht, Heft 86, 1991

Kargl, Walter,

Kritik des Schuldprinzips. Eine rechtssoziologische Studie zum Strafrecht, 1982

Kaspar, Johannes,

Verhältnismäßigkeit und Präventionsstrafrecht, 2014

Kaufmann, Armin,

Die Aufgabe des Strafrechts, 1983

Kaufmann, Armin,

Zum Stande der Lehre vom personalen Unrecht, in: Stratenwerth, Günter/ Kaufmann, Armin/ Geilen, Gerd/ Hirsch, Hans Joachim/ Schreiber, Hans-Ludwig/ Jakobs, Günther/ Loos, Fritz (Hrsg.), Festschrift für Hans Welzel zum 70. Geburtstag, 1974, 393 ff.

Kaufmann, Arthur,

Analogie und "Natur der Sache". Zugleich ein Beitrag zur Lehre vom Typus, 2. Aufl. 1982

Kaufmann, Arthur,

Unzeitgemäße Betrachtungen zum Schuldgrundsatz im Strafrecht, Jura 1986, 225 ff.

Kaufmann, Arthur,

Die Parallelwertung in der Laiensphäre, 1982

Kaufmann, Arthur,

Schuld und Prävention, in: Broda, Christian/ Deutsch, Erwin/ Schreiber, Hans-Ludwig/ Vogel, Hans-Jochen (Hrsg.), Festschrift für Rudolf Wassermann zum 60. Geburtstag, 1985, 889 ff.

Kaufmann, Arthur,

Das Schuldprinzip. Eine strafrechtlich-rechtsphilosophische Untersuchung, 1961; 2. Aufl. 1976

Kaufmann, Arthur,

Über die gerechte Strafe. Ein rechtsphilosophischer Essay, in: Hirsch, Hans Joachim/ Kaiser, Günther/ Marquardt, Helmut (Hrsg.), Gedächtnisschrift für Hilde Kaufmann, 1986, 425 ff.

Kaufmann, Hilde,

Gramaticas System der Difesa Sociale und das deutsche Schuldstrafrecht, in: Welzel, Hans/ Conrad, Hermann/ Kaufmann, Armin/ Kaufmann, Hilde (Hrsg.), Festschrift für Hellmuth von Weber zum 70. Geburtstag, 1963, 418 ff.

Keil, Geert,

Willensfreiheit, Grundthemen Philosophie, 3. Aufl., 2017

Keil, Geert,

Wir können auch anders. Skizze einer libertarischen Konzeption der Willensfreiheit., Erwägen, Wissen, Ethik (EWE), Hauptartikel / Main Article, (Précis des Buches „Willensfreiheit“, 2007, online

Keller, Wilhelm,

Psychologie und Philosophie des Willens, 1954

Kelsen, Hans,

Reine Rechtslehre mit einem Anhang: Das Problem der Gerechtigkeit, 2. Aufl. 1960

Kerner, Hans-Jürgen,

- 1980**  
**Kindhäuser, Grundfragen, 2001, 627 ff.**
- Kindhäuser, Handlung, 1980**
- Kindhäuser, Kausalanalyse, GA 1982, 477 ff.**  
**Kindhäuser, Personalität, GA 1989, 493 ff. 132**  
**Kindhäuser, Strafrecht AT, 2015**
- Kindhäuser, Strafrechtsgut, 1990, 29 ff.**
- Klar, Moral, 2007**
- Klemme, Erkennen, 2014, 79 ff.**
- Kluge/Seebold, Wörterbuch, 2011**
- Knöpfel, Kausalität, Rth 20 (1989), 342 ff.**
- Koch, A., Entwicklung, 2014, 39 ff.**
- Koch, H.-J.,  
Entscheidungsbegründung, 2003, 39 ff.**
- Kodalle, Thomas Hobbes, 1972**
- Köhler, Fahrlässigkeit, 1982**
- Köhler, Rezension Primoratz, ARSP 75 (1989), 265 ff.**
- Köhler, Strafe, 1986**
- Köhler,  
Strafrecht AT, 1997**  
**Köhler, Strafrechtsbegründung, 1983**
- Kohlrausch, Sollen, 1910, 1 ff.**
- Kriminalitätseinschätzung und innere Sicherheit, 1980  
Kindhäuser, Urs,  
Handlungs- und normtheoretische Grundfragen der Mittäterschaft, in:  
Verfassung – Philosophie – Kirche, Festschrift für Alexander  
Hollerbach zum 70. Geburtstag, Bohnert, Joachim/ Gramm, Christof/  
Kindhäuser, Urs/ Rinken, Alfred/ Robbers, Gerhard (Hrsg.), 2001,  
627 ff.  
Kindhäuser, Urs,  
Intentionale Handlung. Sprachphilosophische Untersuchungen zum  
Verständnis von Handlung im Strafrecht, 1980  
Kindhäuser, Urs,  
Kausalanalyse und Handlungszuschreibung, GA 1982, 477 ff.  
Kindhäuser, Urs,  
Kausalanalyse und Handlungszuschreibung, GA 1982, 477 ff.  
Kindhäuser, Urs,  
Strafrecht, Allgemeiner Teil, Lehrbuch, 7. Aufl., 2015  
Kindhäuser, Urs,  
Strafrechtsgut und Rechtsgüterschutz, in: Lüderssen, Klaus/ Nestler-  
Tremel, Cornelius/ Weigend, Ewa (Hrsg.), Modernes Strafrecht und  
ultima-ratio-Prinzip, 1990, 29 ff.  
Klar, Samuel,  
Moral und Politik bei Kant, 2007  
Klemme, Heiner F.,  
Erkennen, Fühlen, Begehren – Selbstbesitz. Reflexionen über die  
Verbindung der Vermögen in Kants Lehre vom Kategorischen  
Imperativ, in: Römer, Inga, (Hrsg.), Affektivität und Ethik bei Kant  
und in der Phänomenologie, 2014, 79 ff.  
Kluge, Friedrich / Seebold, Elmar  
Etymologisches Wörterbuch der deutschen Sprache, Kluge,  
Friedrich, bearbeitet von Seebold, Elmar, 25. Aufl., 2011  
Knöpfel, Gottfried,  
Nichtdeterminierte Kausalität als Schlüssel zur Freiheitsfrage,  
Rechtstheorie 20 (1989), 342 ff.  
Koch, Arnd,  
Die Entwicklung des Strafrechts zwischen 1751 und 1813, in: Koch,  
Arnd /Kubiciel, Michael /Löhnig, Martin/ Pawlik, Michael, (Hrsg.),  
Feuerbachs Bayerisches Strafgesetzbuch. Die Geburt liberalen,  
modernen und rationalen Strafrechts, 2014, 39 ff.  
Koch, Hans-Joachim,  
Deduktive Entscheidungsbegründung, in: Alexy/Koch/Kuhlen/  
Rüßmann (Hrsg.), Elemente einer juristischen Begründungslehre,  
2003, 39 ff.  
Kodalle, Klaus Michael,  
Thomas Hobbes – Logik der Herrschaft und Vernunft des Friedens,  
1972  
Köhler, Michael,  
Die bewußte Fahrlässigkeit. Eine strafrechtlich-rechtsphilosophische  
Untersuchung, 1982  
Köhler, Michael,  
Rezension zu Igor Primoratz, Banques Geist. Hegels Theorie der  
Strafe, 1986, ARSP 75 (1989), 265 ff.  
Köhler, Michael,  
Der Begriff der Strafe, 1986  
Köhler, Michael,  
Strafrecht, Allgemeiner Teil, 1997  
Köhler, Michael,  
Über den Zusammenhang von Strafrechtsbegründung und  
Strafzumessung - erörtert am Problem der Generalprävention, 1983  
Kohlrausch, Eduard,  
Sollen und Können als Grundlagen der strafrechtlichen Zurechnung,

**Koriath, Grundlagen, 1994**

**Koriath, Streit, 2004, 49 ff.**

**Körner / Patzak / Volkmer, BtMG, 2016**

**Kornwachs/ Wehrt, Einleitung, 1984, 8 ff.**

**Kremkus, Strafe, 1999**

**Krey / Esser, Strafrecht AT, 2016**

**Krüger, Hirn, 2007, 61 ff.**

**Krümpelmann, Beurteilung, 1993, 18 ff.**

**Krümpelmann, Motivation, 1974, 327 ff.**

**Krümpelmann, Neugestaltung, ZStW 88 (1976), 6 ff. 255**

**Krümpelmann, Probleme, GA 1983, 337 ff. 142**

**Kube, Kriminalprävention, 1987**

**Kühl, Strafrechtsphilosophen, Hegel, 2013**

**Kühne, Strafrechtsstrukturen, 2000, 9 ff.**

**Küpper, Grenzen, 1990**

**Küpper, Strafen, 2003, 53 ff.**

**Küpper, Strafrechtsdogmatik, 1990**

**Kuhlen, Typuskonzeptionen, 1977**

**Kunz, Strafe, 2004, 71 ff.**

in: Angehörige der Fakultät Königsberg (Hrsg.), Festgabe für Karl Güterbock zum 80. Geburtstag, 1910, 1 ff.

Koriath, Heinz,

Grundlagen strafrechtlicher Zurechnung, 1994

Koriath, Heinz,

Zum Streit um die positive Generalprävention - Eine Skizze, in: Radtke, Henning / Müller, Egon / Britz, Guido / Koriath, Heinz / Müller-Dietz, Heinz (Hrsg.), Muss Strafe sein?: Kolloquium zum 60. Geburtstag von Herrn Professor Dr. Dr. h.c. Heike Jung, 2004, 49 ff.

Körner, Harald Hans / Patzak, Jörn / Volkmer, Mathias, Betäubungsmittelgesetz: BtMG, 8. Aufl., 2016

Kornwachs, Klaus/ Wehrt, Hartmut,

Einleitung, in: Kornwachs, Klaus (Hrsg.), Offenheit - Zeitlichkeit - Komplexität, 1984, 8 ff.

Kremkus, Andreas,

Die Strafe und Strafrechtsbegründung von Thomas Hobbes, 1999)

Krey, Volker / Esser, Robert,

Deutsches Strafrecht. Allgemeiner Teil, 6. Aufl., 2016

Krüger, Hans-Peter,

Das Hirn im Kontext exzentrischer Positionierungen. Zur philosophischen Herausforderung der neurobiologischen Hirnforschung, in Krüger, Hans-Peter (Hrsg.), Hirn als Subjekt? Philosophische Grenzfragen der Neurobiologie, 2007, 61 ff.

Krümpelmann, Justus,

Die strafrechtliche Beurteilung der sog. Affekttaten, in: Saß, Henning (Hrsg.): Affektdelikte, 1993, 18 ff.

Krümpelmann, Justus,

Motivation und Handlung im Affekt, in: Strathenwert, Günther/ Kaufmann, Armin (Hrsg.): Festschrift für Hans Welzel, 1974, 327 ff.

Krümpelmann, Justus,

Die Neugestaltung der Vorschriften über die Schuldunfähigkeit durch das Zweite Strafrechtsreformgesetz vom 4. Juli 1969, ZStW 88 (1976), 6 ff.

Krümpelmann, Justus,

Dogmatische und empirische Probleme des sozialen Schuldbegriffs, GA 1983, 337 ff.

Kube, Edwin,

Systematische Kriminalprävention. Ein strategisches Konzept mit praktischen Beispielen, 1987

Kristian Kühl,

Große Strafrechtsphilosophen, 2013

Kühne, Hans Heiner,

Alte Strafrechtsstrukturen und neue gesellschaftliche Herausforderungen. Eine Einführung, in: Kühne, Hans Heiner/ Miyazawa, Koichi (Hrsg.), Alte Strafrechtsstrukturen und neue gesellschaftliche Herausforderungen in Japan und Deutschland, 2000, 9 ff.

Küpper, Georg,

Grenzen der normativierenden Strafrechtsdogmatik, 1990

Küpper, Georg,

Richtiges Strafen: Fragestellungen zwischen Strafrechtsdogmatik und Rechtsphilosophie, Jahrbuch für Recht und Ethik / Annual Review of Law and Ethics, Vol. 11, Themenschwerpunkt: Strafrecht und Rechtsphilosophie / Criminal Law and Legal Philosophy, 2003, 53 ff.

Küpper, Georg,

Grenzen der normativierenden Strafrechtsdogmatik, 1990

Kuhlen, Lothar,

Typuskonzeptionen in der Rechtstheorie, 1977

Kunz, Karl-Ludwig,

Muss Strafe sein? Einige Überlegungen zur Beantwortbarkeit der

- Frage und zu den Konsequenzen daraus, in: Radtke, Henning/ Müller, Egon/ Britz, Guido/ Koriath, Heinz/ Müller-Dietz, Heinz (Hrsg.), Muss Strafe sein? Kolloquium zum 60. Geburtstag von Herrn Professor Dr. Dr. h.c. Heike Jung, 2004, 71 ff.
- Lackner, Prävention, 1985, 245 ff.** Lackner, Karl, Prävention und Schuldunfähigkeit, in: Gössel, Karl Heinz/ Kaufmann, Hans (Hrsg.), Strafverfahren im Rechtsstaat, Festschrift für Theodor Kleinknecht zum 75. Geburtstag, 1985, 245 ff.
- Lackner/ Kühl, Strafgesetzbuch, 2014** Lackner, Karl/ Kühl, Christian, StGB. Strafgesetzbuch mit Erläuterungen, 28., neu bearbeitete Aufl. 2014
- Ladeur, Rechtstheorie, 1992** Ladeur, Karl-Heinz, Postmoderne Rechtstheorie. Selbstreferent – Selbstorganisation – Prozeduralisierung, 1992
- Lampe, Gleichstellung, ZStW 79 (1967), 476 ff.** Lampe, Ernst Joachim, Das Problem der Gleichstellung von Handeln und Unterlassen im Strafrecht, ZStW 79 (1967), 476 ff.
- Lampe, Unrecht, 1992, 21 ff.** Lampe, Ernst Joachim, Unrecht und Schuld, Sühne und Reue, in: Arzt, Gunther/Fezer, Gerhard/ Weber, Ulrich/ Schlüchter, Ellen/ Röstner, Dieter (Hrsg.), Festschrift für Jürgen Baumann zum 70. Geburtstag, 1992, 21 ff.
- Larenz, Methodenlehre, 1991** Larenz, Karl, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Aufl. 1991
- Larenz, Recht, 1979** Larenz, Karl, Richtiges Recht. Grundzüge einer Rechtsethik, 1979
- Laun, Satz, 1956** Laun, Rudolf, Der Satz vom Grunde, 2. Aufl. 1956
- Leder, Person, 1999** Leder, Matthias, Was heißt es, eine Person zu sein?, 1999
- Leenen, Typus, 1971** Leenen, Detlef, Typus und Rechtsfindung, 1971
- Lenckner, Strafe, 1972, 3 ff.** Lenckner, Theodor, Strafe, Schuld und Schuldfähigkeit, in: Göppinger, Hans/ Witter, Hermann (Hrsg.), Handbuch der forensischen Psychiatrie, Band I, 1972, 3 ff.
- Lenckner/Schnittenhelm, Gründe, 1989, 17 ff.** Lenckner, Theodor/Schnittenhelm, Ulrike, Gründe und Grundlagen des strafrechtlichen Verbots. Prinzipien der Kriminalisierung, Strafwürdigkeit und Straftauglichkeit, in: Eser, Albin/ Kaiser, Günther (Hrsg.), Viertes deutsch-sowjetisches Kolloquium über Strafrecht und Kriminologie. Kriminalisierung, Strafrechtliches Verbot, Rechtsbewußtsein, Öffentlichkeit des Strafverfahrens, 1989, 17 ff.
- Lenk, Vielfachwesen. 2010** Lenk, Hans, Das flexible Vielfachwesen. Einführung in die moderne philosophische Anthropologie zwischen Bio-, Techno- und Kulturwissenschaften, 2010
- Lersch, Aufbau, 1970** Lersch, Philipp, Aufbau der Person, 11. Aufl. ,1970
- Lesch, Verbrechensbegriff, 1999** Lesch, Heiko Hartmut, Der Verbrechensbegriff. Grundlagen einer funktionalen Revision, 1999
- Libet, Mind, 2004/ 2007** Libet, Benjamin, Mind Time, Wie das Gehirn Bewusstsein produziert, 2004/ 2007
- Liszt, Aufgaben, 1905** Liszt, Franz von, Aufgaben und Methoden der Strafrechtswissenschaft. in: Strafrechtliche Vorträge und Aufsätze, Nr. 25, Zweiter Band, 1892-1904, 1905
- Liszt, Einfluss, 1905** Liszt, Franz von, Über den Einfluß der soziologischen und anthropologischen Forschungen auf die Grundbegriffe des Strafrechts, in: Aufsätze und

- Liszt, Lehrbuch, 1919** Vorträge, Band 2, 1905, 75 ff. (Nachdruck 1970)  
Liszt, Franz von,  
Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 7. Aufl. 1896; 9. Aufl. 1899;  
10. Aufl. 1900; 12./13. Aufl. 1903; 21./22. Aufl., 1919
- Liszt (Schmidt), Lehrbuch, 1927** Liszt, Franz von,  
Lehrbuch des deutschen Strafrechts, Band 1. Einleitung und  
Allgemeiner Teil, Schmidt, Eberhard (Hrsg.), 25. Aufl. 1927
- Liszt, Zweckgedanke, ZStW 3 (1883),  
1 ff.** Liszt, Franz von,  
Der Zweckgedanke im Strafrecht, ZStW 3, (1883), 1 ff.
- LK Jescheck, Strafgesetzbuch, 1994** Leipziger Kommentar, Strafgesetzbuch,  
Jescheck in: Großkommentar, Jescheck, Hans-Heinrich/ Ruß,  
Wolfgang/ Willms, Günther (Hrsg.); Band 1 (§§ 1-31), 11. Aufl. 1994
- Locke (Euchner/Hoffmann, H.),  
Abhandlungen, 1690/1967** Locke, John,  
Zwei Abhandlungen über die Regierung, Euchner, Walter (Hrsg.),  
Hoffmann, Hans J. (Übers.), 1967
- Locke (Meiner), Versuch, 1690/2006** Locke, John,  
Ein Versuch über den menschlichen Verstand  
(An essay concerning human understanding), 1690, Meiner Verlag,  
2006
- Locke (Laslet), Second Treatise,  
1690/1993** Locke, John,  
The Second Treatise of Government, in: Two Treatises of  
Government, Ed. with an introduction and notes by Laslett, Peter,  
1993
- Löffler, Schuldformen, 1895** Löffler, Alexander,  
Die Schuldformen des Strafrechts in vergleichend historischer und  
dogmatischer Darstellung, 1895
- Loos, Grenzen, 1980, 261 ff.** Loos, Fritz,  
Grenzen der Umsetzung der Strafrechtsdogmatik in der Praxis, in:  
Immenga, Ulrich (Hrsg.), Rechtswissenschaft und  
Rechtsentwicklung, 1980, 261 ff.
- Lotter, Scham, 2012** Lotter, Maria-Sibylla, "  
Scham, Schuld, Verantwortung - Über die kulturellen Grundlagen  
der Moral", 2012
- Lucas, Philosophy, PhQu Vol. 13,  
1963, 79 ff.** Lucas, J.R.,  
The Philosophy of the Reasonable Man, The Philosophical quarterly  
Vol 13, 1963, 97 ff.
- Lüderssen, Kriminologie, 1984** Lüderssen, Klaus,  
Kriminologie. Einführung in die Probleme, 1984
- Lüderssen, Wege, 1998, 25 ff.** Lüderssen, Klaus,  
Moderne Wege kriminalpolitischen Denkens – Einführende  
Bemerkungen zum gesamten Werk, in: ders. (Hrsg.), Aufgeklärte  
Kriminalpolitik oder der Kampf gegen das Böse?, Band I:  
Legitimationen, 1998, 25 ff.
- Luf, Menschenwürde, 1998, 307 ff.** Luf, Gerhard,  
Menschenwürde als Rechtsbegriff. Überlegungen zum Kant-  
Verständnis in der neuen deutschen Grundrechtstheorie, in: Zaczyk,  
Rainer/ Köhler, Michael/ Kahlo, Michael (Hrsg.), Festschrift für E.  
A. Wolff zum 70. Geburtstag am 1. 10. 1998, 1998, 307 ff.
- Luhmann, Positivität, 1988, 11 ff.** Luhmann, Niklas,  
Positivität und Selbstbestimmtheit des Rechts, Rechtstheorie 1988,  
11 ff.
- Luhmann, Systeme, 1994** Luhmann, Niklas,  
Soziale Systeme. Grundriss einer allgemeinen Theorie, 5. Aufl. 1994
- Luhmann, Vertrauen, 2000** Luhmann, Niklas,  
Vertrauen: Ein Mechanismus der Reduktion sozialer Komplexität,  
2000
- Maihofer, Handlungsbegriff, 1953** Maihofer, Werner,  
Der Handlungsbegriff im Verbrechenssystem, 1953
- Maihofer, Naturrecht, 1963** Maihofer, Werner,  
Naturrecht als Existenzrecht, 1963

- Maihofer, Rechtsdenken, 1982, 579 ff.** Maihofer, Werner,  
Europäisches rechtsdenken heute, in: Horn, Norbert (Hrsg.),  
Europäisches Rechtsdenken in Geschichte und Gegenwart,  
Festschrift für Helmut Coing zum 70. Geburtstag, 1982, 579 ff.
- Maihofer, Sinn, 1956** Maihofer, Werner,  
Vom Sinn menschlicher Ordnung, 1956
- Maihofer, Sozialer Handlungsbegriff, 1961, 156 ff.** Maihofer, Werner,  
Der soziale Handlungsbegriff, in: Bockelmann, Paul/ Gallas,  
Wilhelm (Hrsg.), Festschrift für Eberhard Schmidt zum 70.  
Geburtstag, 1961, 156 ff.
- Maiwald, Einwilligung, 1991, 165 ff.** Maiwald, Manfred,  
Die Einwilligung des Verletzten im deutschen Strafrecht, in: Eser,  
Albin/Peron, Walter (Hrsg.): Rechtfertigung und Entschuldigung,  
Band III, 1991, 165 ff.
- Maiwald, Schuldbegriff, 1987, 147 ff.** Maiwald, Manfred,  
Gedanken zu einem sozialen Schuldbegriff, in: Küper, Wilfried  
i.V.m. Puppe, Ingeborg/ Tenkhoff, Jörg (Hrsg.), Festschrift für Karl  
Lackner zum 70. Geburtstag, 1987, 147 ff.
- Markowitsch/Siefer, Tatort, 2007** Markowitsch, Hans J. / Siefer, Werner,  
Tatort Gehirn: Auf der Suche nach dem Ursprung des Verbrechens,  
2007
- Maruna/Copes, Decades, 2005, 221 ff.** Maruna, Shadd/ Copes, Heith,  
What Have We Learned in Five Decades of Neutralization  
Research?, in: Crime and Justice, Vol. 32, 01.2005, 221 ff.
- Marx, M., Definition, 1972** Marx, Michael,  
Zur Definition des Begriffs „Rechtsgut“, 1972
- Mathiesen, Gefängnislogik, 1989** Mathiesen, Thomas,  
Gefängnislogik. Über alte und neue Rechtfertigungsversuche  
(übersetzt aus dem Norwegischen von Pappendorf, Knut/ Hagemann,  
Otmar), 1989
- Maurach, Wesen, 1960, 26 ff.** Maurach, Reinhart,  
Vom Wesen und Zweck der Strafe, in: Freudenfeld, Burghard  
(Hrsg.), Schuld und Sühne. Dreizehn Vorträge über den deutschen  
Strafprozeß, 1960, 26 ff.
- Maurach/Gössel/Zipf, Strafrecht AT, Bd. 2, 1989** Maurach, Reinhart / Gössel, Karl Heinz / Zipf, Heinz,  
Strafrecht Allgemeiner Teil, Teilband 2, Erscheinungsformen des  
Verbrechens und Rechtsfolgen der Tat. Ein Lehrbuch, 7. Aufl. 1989
- Maurach/Zipf, Strafrecht AT, Bd 1, 1992** Maurach, Reinhart / Zipf, Heinz,  
Strafrecht Allgemeiner Teil, Teilband 1, Grundlehren des Strafrechts  
und Aufbau der Straftat. Ein Lehrbuch, 8. Aufl. 1992
- Mayer, H., Kant, 1969, 54 ff.** Mayer, Hellmuth,  
Kant, Hegel und das Strafrecht, in: Bockelmann, Paul/ Kaufmann,  
Arthur/ Klug, Ulrich (Hrsg.), Festschrift für Karl Engisch zum 70.  
Geburtstag, 1969, 54 ff.
- Mayer, H., Strafrecht AT, 1967** Mayer, Hellmuth,  
Strafrecht. Allgemeiner Teil, 1967
- Mayer, H., Vorbemerkungen, 1963, 137 ff.** Mayer, Hellmuth,  
Vorbemerkungen zur Lehre vom Handlungsbegriff, Welzel, Hans/  
Conrad, Hermann/ Kaufmann, Armin/ Kaufmann, Hilde (Hrsg.),  
Festschrift für Hellmuth von Weber zum 70. Geburtstag, 1963, 137  
ff.
- Mayer, M. E., Strafrecht, 1915** Mayer, Max Ernst,  
Der Allgemeine Teil des Deutschen Strafrechts, 1915
- Mayer-Maly, Gedanken, 1985** Mayer-Maly, Theo,  
Gedanken über das Recht, 1985
- Mayer-Tasch, Verfassungen, 1975** Mayer-Tasch, Peter Cornelius,  
Die Verfassungen der nicht-kommunistischen Staaten Europas, 1975
- Meier, B.-D., Sanktionen, 2014** Meier, Bernd-Dieter,  
Strafrechtliche Sanktionen, 4. Aufl, 2014
- Meier, Nachtatverhalten, GA 2015,** Meier, Bernd-Dieter,



- 443 ff.**  
**Merkel, Willensfreiheit, 2014**  
 Nachtatverhalten und Strafzumessung, GA 2015, 443 ff.  
 Merkel, Reinhard,  
 Willensfreiheit und rechtliche Schuld. Eine strafrechtsphilosophische Untersuchung, 2., um ein aktuelles Vorwort ergänzte Auflage, 2014
- Metzinger, Ego-Tunnel, 2009**  
 Metzinger, Thomas,  
 Der Ego-Tunnel. Eine neue Philosophie des Selbst: Von der Hirnforschung zur Bewusstseinsethik. Thomas Metzinger / Thorsten Schmidt (Übers.. aus dem Englischen), 2009
- Mezger, Straftat, ZStW 57 (1945), 675 ff.**  
 Mezger, Edmund,  
 Die Straftat als Ganzes, ZStW 57 (1945), 675 ff.
- Mir, Schuldbegriff, ZStW 108 (1996), 9 ff. 252**  
 Mir Puig, Santiago,  
 Das Strafrechtssystem im heutigen Europa, in: Schünemann, Bernd/de Figueiredo Dias, Jorge (Herausgeber), Bausteine des europäischen Strafrechts. Coimbra-Symposium für Claus Roxin, 1995, 35 ff.
- Mommsen, Römisches Strafrecht, 1899 (1961)**  
 Mommsen, Theodor,  
 Römisches Strafrecht, 1899 (Nachdruck 1961)
- Momsen / Rackow, Straftheorien, JA 2004, 336 ff.**  
 Momsen, Carsten / Rackow, Peter,  
 Die Straftheorien, JA 2004, 336 ff.
- Momsen Überlegungen, 2007, 569 ff. 168**  
 Momsen, Carsten,  
 Überlegungen zu einem zweckrationalen Schuldbegriff, in: Festschrift für Heike Jung, 2007, 569 ff.
- Montenbruck, Abwägung, 1989**  
 Montenbruck, Axel,  
 Abwägung und Umwertung. Zur Bemessung der Strafe für eine und für mehrere Taten, Schriften zum Strafrecht, Heft 83, 1989
- Montenbruck, Höchststrafe, 2011, 375 ff.**  
 Montenbruck, Axel,  
 Höchststrafe und Verfassung: Verteidigung des geständigen und resozialisierten Doppelmörders, in: Geisler, Claudius/Kraatz, Erik/Kretschmer, Joachim/Schneider, Hartmut/Sowada, Christoph (Hrsg.), Festschrift für Klaus Geppert zum 70. Geburtstag, 2011, 375 ff.
- Montenbruck, In dubio, 1985**  
 Montenbruck, Axel,  
 In dubio pro reo aus normtheoretischer, straf- und strafverfahrensrechtlicher Sicht, 1985
- Montenbruck, Menschenwürde-Idee, 2016**  
 Montenbruck, Axel,  
 Menschenwürde-Idee und Liberalismus – zwei westliche Glaubensrichtungen, 2. erweiterte Aufl, 2016, open access der Freien Universität Berlin, auch gedruckt
- Montenbruck, Präambel-Humanismus, Zivilreligion I, 2015**  
 Montenbruck, Axel,  
 Demokratischer Präambel-Humanismus: Westliche Zivilreligion und universelle Triade „Natur, Seele und Vernunft“, Schriftenreihe Zivilreligion. Eine Rechtsphilosophie als Kulturphilosophie, Band I: Grundlegung, 5. Aufl., 2015, open access der Freien Universität Berlin (auch gedruckt)
- Montenbruck, Wahlfeststellung, 1976**  
 Montenbruck, Axel,  
 Wahlfeststellung und Werttypus in Strafrecht und Strafprozeßrecht. Entwicklung und Erprobung eines neuen Erklärungsmodells, 1976
- Montenbruck, Weltliche Zivilreligion, Zivilreligion III, 2016 36**  
 Montenbruck, Axel  
 Weltliche Zivilreligion. Idee und Diskussion, Ethik und Recht, Schriftenreihe Zivilreligion. Eine Rechtsphilosophie als Kulturphilosophie, Band III: Normativer Überbau. 3., erneut erheblich erweiterte Auflage, 2016, open access der Freien Universität Berlin, auch gedruckt
- Montenbruck, Wie du mir..., 1995, 13 ff.**  
 Montenbruck, Axel,  
 "Wie Du mir, so ich Dir" – als Begründung für die Strafe?, Festvortrag des Dekans zum Fachbereichstag des Fachbereich Rechtswissenschaft der Freien Universität Berlin, Sommersemester 1995, Festschrift, 13 ff.
- Montenbruck, Zeit, 1996, 649 ff.**  
 Montenbruck, Axel,  
 Zeit als Strafzeit - Anthropologische Zeitstufen, in: Schmoller, Kurt (Hrsg.): Festschrift für Otto Triffterer zum 65. Geburtstag, 1996, 649

- Montenbruck, Zivile Versöhnung, Zivilreligion II, 2016** ff.  
Montenbruck, Axel,  
Zivilreligion. Eine Rechts- als Kulturphilosophie, Band II, Zivile Versöhnung, Ver-Sühnen und Mediation, Strafe und Geständnis, Gerechtigkeit und Humanität - aus juristischen Perspektiven, 5. Aufl., 2016, auch gedruckt
- Montesquieu, Geist, 1950** Montesquieu, Charles de,  
Vom Geist der Gesetze (De l'esprit des lois) Eine Auswahl, übersetzt von Friedrich August Freiherr von der Heydte, 1950
- Moore. Grundprobleme, 1953** Moore, George Edward,  
Ethics (Grundprobleme der Ethik), 1953
- Morgenstern, Recht, Rechtswissenschaft, 2014, 153 ff.** Morgenstern, Christine,  
Ein Recht auf Hoffnung aus Art. 3 EMRK: Lebenslange Freiheitsstrafen in Europa. Rechtswissenschaft, 2014, 153 ff.
- Morgenstern, Strafen, 2016, 103 ff.** Morgenstern, Christine,  
Was sind eigentlich „wirksame, verhältnismäßige und abschreckende“ Strafen? Einige Überlegungen zur europäischen Kriminalpolitik und zur Rolle der Kriminologie, in: Frank Neubacher, Frank/ Bögelein, Nicole (Hrsg.), Krise – Kriminalität – Kriminologie, 2016, 103 ff.
- Mosbacher, Straftheorie, ARSP 2004, 210 ff.** Mosbacher, Andreas,  
Kants präventive Straftheorie, ARSP 90 (2004), 210 ff.
- Mü-Ko Bearbeiter, 2017** Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch: StGB,  
Bearbeiter Joecks, Wolfgang / Miebach, Klaus, (Hrsg.), Bandredakteur: Heintschel-Heinegg, Bernd von, Band 1: §§ 1-37, 3. Aufl., 2017
- Müller, A., Verhältnis, 1996** Müller, Andreas,  
Das Verhältnis von rechtlicher Freiheit und sittlicher Autonomie in Kants Metaphysik der Sitten, 1996
- Müller, H., Generalprävention, 1984** Müller, Helga,  
Der Begriff der Generalprävention im 19. Jahrhundert. Von P.J.A. Feuerbach bis Franz von Liszt, 1984
- Müller-Dietz, Absehen, 1976, 303 ff.** Müller-Dietz, Heinz,  
Absehen von Strafe (§ 60 StGB n.F.) Dogmatische und kriminalpolitische Probleme einer neuen Rechtsfigur, in: Warda, Günter/ Waider, Heribert/v. Hippel, Reinhard/Meurer, Dieter, Festschrift für Richard Lang zum 70. Geburtstag, 1976, S. 303 ff.
- Müller-Dietz, Integrationsprävention, 1985, 813 ff.** Müller-Dietz, Heinz,  
Integrationsprävention und Strafrecht. Zum positiven Aspekt der Generalprävention, in: Vogler, Theo (Hrsg.), Festschrift für Hans-Heinrich Jescheck zum 70. Geburtstag, 2. Halbband, 1985, 813 ff.
- Müller-Dietz, Marburger Programm, ZStW 94 (1982), 599 ff.** Müller-Dietz, Heinz,  
Das Marburger Programm aus der Sicht des Strafvollzuges, ZStW 94, (1982), 599 ff.
- Müller-Dietz, Strafbegriff, 1986** Müller-Dietz, Heinz,  
Strafbegriff und Strafrechtspflege, 1968
- Müller-Dietz, Verbrechensschaden, GA 1983, 481 ff.** Müller-Dietz, Heinz,  
Vom intellektuellen Verbrechensschaden. Eine nicht nur historische Reminiszenz, GA 1983, 481 ff.
- Müller-Tuckfeld, Integrationsprävention, 1985** Müller-Tuckfeld, Jens Christian,  
Integrationsprävention, Studien zu einer Theorie der gesellschaftlichen Funktion des Strafrechts, 1998
- Münch/Kunig, Bearbeiter, Grundgesetz, 2012** Münch, Ingo von/ Kunig, Philip et al.  
Grundgesetz-Kommentar: GG, 6. Aufl. 2012
- Murmann, Grundkurs, 2015** Murmann, Uwe,  
Grundkurs Strafrecht: Allgemeiner Teil Tötungsdelikte Körperverletzungsdelikte, 3. Aufl. 2015
- Murray, Euripides, 1913** Murray, George Gilbert Aimé,  
Euripides and his age, 1913
- Nagel, View, 1986** Nagel, Thomas,

- Naucke, Kant, 1962**  
 Naucke, Wolfgang,  
 Kant und die psychologische Zwangstheorie Feuerbachs, 1962
- Naucke, Kriminalpolitik, ZStW 94 (1982), 525 ff.**  
 Naucke, Wolfgang,  
 Die Kriminalpolitik des Marburger Programms 1882, ZStW 94 (1982), 525 ff.
- Naucke, Notizen, 1998, 361 ff.**  
 Naucke, Wolfgang,  
 Notizen zur relativen Verbindlichkeit des Strafrechts, in: Zaczyk, Rainer/ Köhler, Michael/ Kahlo, Michael (Hrsg.), Festschrift für E. A. Wolff zum 70. Geburtstag am 1. 10. 1998, 1998, 361 ff.
- Naucke, Strafrecht, 1995**  
 Naucke, Wolfgang,  
 Strafrecht - Eine Einführung; 7. Aufl. 1995
- Neubacher, Kriminologie, 2017**  
 Neubacher, Frank,  
 Kriminologie, 3. Aufl., 2017
- Neufelder, Schuldbegriff, GA 1974, 289 ff.**  
 Neufelder, Martin,  
 Schuldbegriff und Verfassung, GA 1974, 289 ff.
- Neumann, Kritik, 1998, 147 ff.**  
 Neumann, Ulfried, Normative Kritik der Theorie der positiven Generalprävention, in: Bernd Schünemann/Andreas von Hirsch/Nils Jareborg (Hrsg.), Positive Generalprävention, 1998, S. 147 ff.
- Neumann, Entwicklungen, ZStW 99 (1987), 567 ff.**  
 Neumann, Ulfried,  
 Neue Entwicklungen im Bereich der Argumentationsmuster zur Begründung oder zum Ausschluß strafrechtlicher Verantwortlichkeit, ZStW 99 (1987), 567 ff.
- Neumann / Schroth, Theorien, 1980**  
 Neumann, Ulfried / Schroth, Ulrich,  
 Neuere Theorien der Kriminalität und Strafe, 1980
- Neuß, Strafzweck, 2001**  
 Neuß, Frank,  
 Der Strafzweck der Generalprävention im Verhältnis zur Würde des Menschen. Ein unaufgelöster Konflikt, 2001 (zugl. Diss. Trier 2001)
- Nida-Rümelin, Vernunft, 2012, 9 ff.**  
 Nida-Rümelin, Julian,  
 Vernunft und Freiheit. Textgrundlage für Vortrag und Kolloquium, in: Sturma, Dieter (Hrsg.), Vernunft und Freiheit. Zur praktischen Philosophie von Julian Nida-Rümelin (Humanprojekt), 2012, 9 ff.
- Nietzsche (Schlechta), Genealogie, 1887/1977, 761 ff.**  
 Nietzsche, Friedrich,  
 Zur Genealogie der Moral, 1887, in: Schlechta, Karl (Hrsg.), Friedrich Nietzsche. Werke in drei Bänden, Band 2, 8. Aufl. 1977, 761 ff.
- Nietzsche (Colli), Morgenröte, 1881/1971**  
 Nietzsche, Friedrich,  
 Morgenröthe. Nachgelassene Fragmente. Anfang 1880 bis Frühjahr 1881. Werke. Kritische Gesamtausgabe, Colli, Giorgio/ Montinari, Mazzino (Hrsg.), 1971
- Nietzsche, Wissenschaft, 1887/1999**  
 Nietzsche, Friedrich,  
 Die fröhliche Wissenschaft, ergänzt 1887, 7. Aufl. 1999 (Tb-Ausgabe)
- Niggli, Repressionsstrafrecht, 2014, 13 ff.**  
 Niggli, Marcel Alexander,  
 Vom Repressions- zum Präventions- strafrecht: Die Abkehr von der von der Ahndung begangener hin zur Verhinderung befürchteter Delikte, in: Forum Strafverteidigung. 2014, 13 ff.
- Niggli, Strafrecht, plädoyer 2/14**  
 Niggli, Marcel Alexander,  
 Strafrecht: Von der Repression zur Prävention, plädoyer 2/14
- Nipperdey, Würde, 1968, 1 ff.**  
 Nipperdey, Hans Carl,  
 Die Würde des Menschen, in: Neumann, Franz/ Nipperdey, Hans Carl/ Scheuner, Ulrich (Hrsg.), Die Grundrechte, Band 2, 2. Aufl. 1968, 1 ff.
- NK StGB, Bearbeiter, 2017**  
 Nomos-Kommentar, Strafgesetzbuch  
 Kindhäuser, Urs / Neumann, Ulfried / Paefgen Hans-Ullrich, (Hrsg.)  
 Strafgesetzbuch, Nomos-Kommentar, 5. Aufl., 2017
- Noll, Begründung, 1962**  
 Noll, Peter,  
 Die ethische Begründung der Strafe, Recht und Staat, Heft 244, 1962
- Noll, Schuld, 1966, 219 ff.**  
 Noll, Peter,  
 Schuld und Prävention unter dem Gesichtspunkt der Rationalisierung

- des Strafrechts, in: Geerds, Friedrich/ Naucke, Wolfgang (Hrsg.), Beiträge zur gesamten Strafrechtswissenschaft. Festschrift für Hellmuth Mayer zum 70. Geburtstag am 1. Mai 1965; 1966, 219 ff.
- Oberer, Begründungsaspekte, 1982, 399 ff.** Oberer, Hariolf,  
Über einige Begründungsaspekte der Kantischen Strafrechtslehre, in: Brand, Reinhard (Hrsg.), Rechtsphilosophie der Aufklärung, 1982, 399 ff.
- Oelmüller, Schwierigkeiten, 1983, 9 ff.** Oelmüller, Willi,  
Schwierigkeiten mit dem Schuldbegriff. Einige philosophische Überlegungen, in: Baumgartner, Michael/ Eser, Albin (Hrsg.), Schuld und Verantwortung. Philosophische und juristische Beiträge zur Zurechenbarkeit menschlichen Handelns, 1983, 9 ff.
- Oeser/Seitelberger, Gehirn, 1988** Oeser, Erhard / Seitelberger, Franz,  
Gehirn, Bewußtsein und Erkenntnis, 1988
- Otto, Generalprävention, 1982** Otto, Harro,  
Generalprävention und externe Verhaltenskontrolle, 1982
- Otto, Grundkurs, 1996** Otto, Harro,  
Grundkurs Strafrecht, Allgemeine Strafrechtslehre, 5. Aufl., 1996
- Otto, Kausaldiagnose, 1972, 91 ff.** Otto, Harro,  
Kausaldiagnose und Erfolgszurechnung im Strafrecht, in: Schroeder, Friedrich-Christian/ Zipf, Heinz (Hrsg.), Festschrift für Reinhard Maurach zum 70. Geburtstag, 1972, 91 ff.
- Otto, Rechtsgutsbegriff, 1971, 1 ff.** Otto, Harro,  
Rechtsgutsbegriff und Deliktstatbestand, in: Müller-Dietz, Heinz (Hrsg.): Strafrechtsdogmatik, 1971, 1 ff.
- Otto, Unrecht, ZStW 87 (1975), 540 ff.** Otto, Harro,  
Personales Unrecht, Schuld und Strafe, ZStW 87 (1975), 540 ff.
- Paliero, Selbstverständnis, 2000, 75 ff.** Paliero, Carlo Enrico,  
Das Selbstverständnis der Strafrechtswissenschaft gegenüber den Herausforderungen ihrer Zeit, in: Eser, Albin/ Hassemer, Winfried/ Burkhardt, Björn (Hrsg.), Die deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende. Rückbesinnung und Ausblick, 2000, 75 ff.
- Pauen, Freiheit, AZP 26 (2001), Heft 1, 23 ff.** Pauen, Michael,  
Freiheit und Verantwortung. Wille, Determinismus und der Begriff der Person, Allgemeine Zeitschrift für Philosophie 26 (2001), Heft 1, 23 ff.
- Pauen/Roth, Freiheit, 2008** Pauen, Michael/ Roth, Gerhard,  
Freiheit, Schuld und Verantwortung  
Grundzüge einer naturalistischen Theorie der Willensfreiheit, 2008
- Pawlik, Hassemer, 2009, 1 f.** Pawlik, Michael,  
Winfried Hassemer: Warum Strafe sein muss: Zahn um Zahn, 2009, 1 f. FAZ- online, aktualisiert am 21.06.2009-14
- Pawlik, Person, 2004** Pawlik, Michael,  
Person, Subjekt, Bürger: Zur Legitimation von Strafe, 2004
- Piaget, Urteil, 1983** Piaget, Jean,  
Das moralische Urteil beim Kinde (Le jugement moral chez l'enfant), 1929, deutsch 1973; 2. Aufl. 1983
- Platon, Protagoras (Eigler), 1990** Platon, Protagoras,  
in: Eigler, Gunther (Hrsg.), Platon, Werke in acht Bänden. Griechisch und Deutsch, Band 8/1 (Buch I-VI) und Band 8/2 (Buch VII-XII), Sonderausgabe 1990, 83 ff.
- Pothast, Rechtfertigungselement, 1998, 135 ff.** Pothast, Ulrich,  
Das Rechtfertigungselement Freiheit: Bleibende Schwächen, in: Lüderssen, Klaus (Hrsg.), Aufgeklärte Kriminalpolitik oder der Kampf gegen das Böse?, Band I: Legitimationen, 1998, 135 ff.
- Pothast, Unzulänglichkeit, 1987** Pothast, Ulrich,  
Die Unzulänglichkeit der Freiheitsbeweise. Zu einigen Lehrstücken aus der neueren Geschichte aus Philosophie und Recht, 1980, 1987 (Tb.)
- Prigogine, Sein, 1988** Prigogine, Ilya,

- Primoratz, Banquo, 1986** Vom Sein zum Werden. Zeit und Komplexität in den Naturwissenschaften, 1988  
Primoratz, Igor,  
Banquos Geist. Hegels Theorie der Strafe, 1986
- Prinz, Freiheit, 1996, 86 ff.** Prinz, Wolfgang,  
Freiheit oder Wissenschaft? in: M. von Cranach/K. Foppa (Hrsg.), Freiheit des Entscheidens und Handelns, Heidelberg 1996, 86 ff.
- Prinz, Mensch, 2003, 18 ff.** Prinz, Wolfgang,  
Der Mensch ist nicht frei, Das Magazin (Wissenschaftszentrum Nordrhein-Westfalen), 2003 Nr. 2, 18 ff.
- Prittwitz, Schutz, 1995, 19 ff.** Prittwitz, Cornelius,  
Schutz der Menschenwürde durch das Strafrecht oder vor dem Strafrecht, in: Prittwitz, Cornelius/ Manoledakis, Ioannis, Strafrecht und Menschenwürde, 1995, 19 ff.
- Prittwitz, Strafrecht, ZStW 2017, 390 ff.** Prittwitz, Cornelius,  
Das Strafrecht: Ultima ratio, propria ratio oder schlicht strafrechtliche Prohibition?, ZStW 2017, 390 ff.
- Pufendorf, jure naturae, 1672** Pufendorf, Samuel,  
De jure naturae et gentium, libri octo, 1672
- Puppe, Erfolg, ZStW 92 (1980), 863 ff.** Puppe, Ingeborg,  
Der Erfolg und seine kausale Erklärung im Strafrecht, ZStW 92 (1980), 863 ff.
- Radbruch, Handlungsbegriff, 1904** Radbruch, Gustav,  
Der Handlungsbegriff in seiner Bedeutung für das Strafrechtssystem, 1904
- Radbruch, Rechtsphilosophie, 1932/2003** Radbruch, Gustav,  
Rechtsphilosophie, Dreier, Ralf/Paulson, Stanley L. (Hrsg.), 2. Aufl. 2003
- Radbruch/Gewinner, Geschichte, 1991** Radbruch, Gustav / Gewinner, Heinrich,  
Geschichte des Verbrechens, 1991
- Rath, Rechtfertigungselement, 2002** Rath, Jürgen,  
Das subjektive Rechtfertigungselement, Zur kriminalrechtlichen Relevanz eines subjektiven Elements in der Ebene des Unrechtsausschlusses — auf der Grundlage einer Rechtsphilosophie im normativen Horizont des Seins. Eine rechtsphilosophisch-kriminalrechtliche Untersuchung, 2002
- Rauch, Schuldfähigkeit, 1993, 200 ff.** Rauch, Hans-Joachim,  
Über die Schuldfähigkeit von Affekttätern, in: Saß, Henning (Hrsg.): Affektdelikte, 1993, 200 ff.
- Regge, Kriminalstrafe, 1989** Regge, Jürgen,  
Die Kriminalstrafe in den deutschen Rechten des 17. und 19. Jahrhunderts. Deutscher Generalbericht für die Tagung der Société Jean Bodin in Barcelona 1987 zum Thema "La Peine", in: Recueils de la Société Jean Bodin, Bd. LVII, 1989, Generalbericht (C. 7).
- Rengier, Strafrecht AT, 2017** Rengier, Rudolf,  
Strafrecht Allgemeiner Teil, 9. Aufl., 2017
- Rethmann, Nutzen, Rechtstheorie 31 (2000), 113 ff.** Rethmann, Albert Peter,  
Der umstrittene Nutzen der Strafe, Rechtstheorie 31 (2000), 113 ff.
- Röhl, Rechtslehre, 1995** Röhl, Klaus Friedrich,  
Allgemeine Rechtslehre. Ein Lehrbuch, 1995
- Röhl/ Röhl, Rechtslehre, 2008** Röhl, Klaus Friedrich / Röhl, Hans Christian,  
Allgemeine Rechtslehre. Ein Lehrbuch, 3. Aufl. 2008
- Rogall, Strafe, 1997, 236 ff.** Rogall, Klaus,  
Strafe als Mittel der Abschreckung, in: Zöller, Brigitte (Hrsg.), Mit Strafen leben?, 1997, 236 ff.
- Rogall, Justizmord, 2002, 45 ff.** Rogall, Klaus,  
Justizmord? Todesstrafe im Strafrecht, in: Boulanger, Christian / Heyes, Vera / Hanfling, Philip (Hrsg.), Zur Aktualität der Todesstrafe, 2. Aufl., 2002, 45 ff.
- Rosenau, Rechtspolitik, ZIS 2006, 338** Rosenau, Henning,

- ff** Europäische Rechtspolitik zur Abschaffung der Todesstrafe, in: Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik (ZIS), 2006, 338 ff.
- Roskies, Neuroscience, 2010, 109 ff.** Roskies, Adina L.,  
How Does Neuroscience Affect Our Conception of Volition? Vol. 33, 2010, 109 ff.
- Roth, Gehirn, 1992, 277 ff.** Roth, Gerhard,  
Das konstruktive Gehirn: Neurobiologische Grundlagen von Wahrnehmung und Erkenntnis, in Schmidt, S.J. (Hrsg.). Kognition und Gesellschaft. Der Diskurs des radikalen Konstruktivismus, Bd. 2., 1992, 277 ff.
- Roth, Gewaltstraftäter, 2012, 89 ff.** Roth, Gerhard,  
Gewaltstraftäter – böse oder psychisch kranke Menschen, in: Roth/Hubig/Bamberger (Hrsg.), Schuld und Strafe, 2012, 89 ff.
- Roth, Mensch, 1993, 55 ff.** Roth, Gerhard,  
Ist der Mensch in der Natur etwas Besonderes? Versuch einer Antwort aus der Sicht der Hirnforschung, in: Landeshauptstadt Stuttgart, Kulturstadt (Hrsg.), Wilke, Joachim (Red.), Zum Naturbegriff der Gegenwart, Kongreßdokumentation, zum Projekt „Natur im Kopf“, Band 1, 1993, 55 ff.
- Rothacker, Schichten, 1952** Rothacker, Erich,  
Die Schichten der Persönlichkeit, 5. Aufl. 1952
- Rousseau, Ursprung, 1762** Rousseau, Jean-Jacques,  
Über den Ursprung der Ungleichheit unter den Menschen in Rousseau (1762), Deutsch von Veighand, 3. Aufl., 1974
- Roxin, Ansprechbarkeit GA 2015, 489 ff.** Roxin, Claus,  
Normative Ansprechbarkeit als Schuldkriterium, GA 2015, 489 ff.
- Roxin, Diskussion, 1979, 279 ff.** Roxin, Claus,  
Zur jüngsten Diskussion über Schuld, Prävention und Verantwortlichkeit im Strafrecht, in: Kaufmann, Arthur/ Bemann, Günter/ Krauss, Detlef/ Volk, Klaus (Hrsg.), Festschrift für Paul Bockelmann zum 70. Geburtstag am 7. Dezember 1978; 1979, 279 ff.
- Roxin, Entwicklung, JA 1980, 545 ff.** Roxin, Claus,  
Zur Entwicklung der Kriminalpolitik seit den Alternativentwürfen, JA 1980, 545 ff.
- Roxin, Gedanken, 1970, 133 ff.** Roxin, Claus,  
Gedanken zur Problematik der Zurechnung im Strafrecht, in: Juristische Fakultät der Georg-August-Universität Göttingen (Hrsg.), Festschrift für Richard M. Honig; Göttinger Rechtswissenschaftliche Studien, Band 77, 1970, 133 ff.
- Roxin, Offene Tatbestände, 1959** Roxin, Claus,  
Offene Tatbestände und Rechtspflichtmerkmale, 1959
- Roxin, Prävention, GA 2015, 185 ff.** Roxin, Claus,  
Prävention, Tadel und Verantwortung – Zur neuesten Strafzweckdiskussion  
GA 2015, 185 ff.
- Roxin, Schuld, 1974, 171 ff.** Roxin, Claus,  
"Schuld" und "Verantwortlichkeit" als strafrechtliche Systemkategorien, in: Roxin, Claus i.V.m. Bruns, Hans-Jürgen / Jäger, Herbert (Hrsg.), Grundfragen der gesamten Strafrechtswissenschaft. Festschrift für Heinrich Henkel zum 70. Geburtstag am 12. September 1973; 1974, 171 ff.
- Roxin, Schuldprinzip, 1993, 519 ff.** Roxin, Claus,  
Das Schuldprinzip im Wandel, in: Haft, Fritjof / Hassemer, Winfried / Neumann, Ulfrid / Schild, Wolfgang / Schroth, Ulrich (Hrsg.): Strafgerechtigkeit. Festschrift für Arthur Kaufmann zum 70. Geburtstag, 1993, 519 ff.
- Roxin, Schuldstrafrecht, ZStW 96 (1984), 641 ff.** Roxin, Claus,  
Zur Problematik des Schuldstrafrechts, ZStW 96 (1984), 641 ff.
- Roxin, Sinn, JuS 1966, 377 ff.** Roxin, Claus,

- Roxin, Strafrecht AT I, 2006**  
Sinn und Grenzen staatlicher Strafe, JuS 1966, 377 ff.  
Roxin, Claus,  
Strafrecht Allgemeiner Teil Band I: Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre, 4. Aufl., 2006
- Roxin, Strafrecht AT II, 2003**  
Strafrecht Allgemeiner Teil Band II: Besondere Erscheinungsformen der Straftat
- Rudolphi, Aspekte, 1970, 151 ff.**  
Rudolphi, Hans-Joachim,  
Die verschiedenen Aspekte des Rechtsgutsbegriffs, in: Juristische Fakultät der Georg-August-Universität Göttingen (Hrsg.): Festschrift für Richard M. Honig zum 80. Geburtstag; Göttinger Rechtswissenschaftliche Studien, Band 77, 1970, 151 ff.
- Rudolphi, Unrechtsbewusstsein, 1969**  
Rudolphi, Hans-Joachim,  
Unrechtsbewußtsein, Verbotsirrtum und Vermeidbarkeit des Verbotsirrtums, 1969
- Sachs, C., Moral, 2015**  
Sachs, Caspar,  
Moral, Tadel, Buße. Zur Straftheorie von Antony Duff, 2015
- Samson, Kausalverläufe, 1972**  
Samson, Erich,  
Hypothetische Kausalverläufe im Strafrecht. Zugleich ein Beitrag zur Kausalität der Beihilfe, 1972
- Sander, Grenzen, 2007**  
Sander, Lisa Kathrin,  
Grenzen instrumenteller Vernunft im Strafrecht: eine Kritik der Präventionsdoktrin aus strafrechtsgeschichtlicher und empirischer Perspektive, 2007
- Sauer, Gerechtigkeit, 1959**  
Sauer, Wilhelm,  
Die Gerechtigkeit. Wesen und Bedeutung im Leben der Menschen und Völker. 1959
- Sauter, Willensfreiheit, 2013**  
Sauter, Elmar,  
Willensfreiheit und deterministisches Chaos, 2013
- Schäfer, Grundlagen, 1989**  
Schäfer, Helmut M.,  
Grundlagen des Rechts. Einführung in das Rechtsdenken, 1989
- Schall, Suche, 1990, 339 ff.**  
Schall, Hero,  
Auf der Suche nach strafrechtlichen Modifikationen und Alternativen, in: Dokumentation der 13. Bundestagung der Deutschen Bewährungshilfe e.V. (DBH), 18. - 21. September 1988 in Marburg, 1990, 339 ff.
- Scheffler, Dauer, 1991**  
Scheffler, Uwe,  
Die überlange Dauer von Strafverfahren. Materiellrechtliche und strafprozessuale Rechtsfolgen, 1991
- Scheffler, Freund- und Feindstrafrecht, 2006, 123 ff.**  
Scheffler, Uwe,  
Freund- und Feindstrafrecht, in: Feltes, Thomas/Pfeiffer, Christian/Steinhilper, Gernot (Hrsg.), Kriminalpolitik und ihre wissenschaftlichen Grundlagen, Festschrift für Professor Dr. Hans-Dieter Schwind zum 70. Geburtstag, 2006, 123 ff.
- Scheler, Formalismus, 1954**  
Scheler, Max,  
Der Formalismus in der Ethik und die materiale Wertethik, 4. Aufl. 1954
- Schiemann, Willensfreiheit, ZJS 6/2012, 774 ff.**  
Schiemann, Anja,  
Die Willensfreiheit und das Schuldstrafrecht – eine - überflüssige Debatte?, ZJS 6/2012, 774 ff.
- Schild, Aktualität, 1979, 199 ff.**  
Schild, Wolfgang,  
Die Aktualität des Hegelschen Strafbegriffes, in: Heintel, Erich (Hrsg.), Philosophische Elemente der Tradition des politischen Denkens. Überlieferung und Aufgabe; Abhandlungen zu Geschichte und Systematik der europäischen Philosophie, XVII, 1979, 199 ff.
- Schild, G., Bürgerrechte, Der Staat (42) 2003, 329 ff.**  
Schild, Georg,  
Bürgerrechte in Zeiten der Bedrohung. Zum Verhältnis von Freiheit und nationaler Sicherheit in der amerikanischen Geschichte und nach dem 11. September 2001, Der Staat (42) 2003, 329 ff.
- Schild, Ende, ARSP 70 (1984), 71 ff.**  
Schild, Wolfgang,  
Ende und Zukunft des Strafrechts, ARSP 70 (1984), 71 ff.

- Schild, Gerichtsbarkeit, 1985**  
Schild, Wolfgang,  
Alte Gerichtsbarkeit, 2. Aufl. 1985
- Schild, Hegel, 1997, 179 ff.**  
Schild, Wolfgang,  
Der rechte Hegel: ein Rechtshegelianer? Bemerkungen zur Hegelschen Rechtsphilosophie, in: Smid, Stefan/ Fehl, Norbert (Hrsg.), "...ob das alles so stimmt...". Recht und Pluralismus. Hans-Martin Pawlowski zum 65. Geburtstag, 1997, 179 ff.
- Schild, Strafmaßnahme, 1989, 429 ff.**  
Schild, Wolfgang,  
Die staatliche Strafmaßnahme als Symbol der Strafwürdigkeit, in: Zaczek, Rainer/ Köhler, Michael/ Kahlo, Michael (Hrsg.), Festschrift für E. A. Wolff zum 70. Geburtstag am 1. 10. 1998, 1998, 429 ff.
- Schild, Strafbegriff, 1997, 101 ff.**  
Schild, Wolfgang,  
Der Strafbegriff Friedrich Nietzsches. Eine Philosophische Annäherung, in: Festschrift für Günter Bemann, 1997, 101 ff.
- Schlüchter, Mittlerfunktionen, 1986**  
Schlüchter, Ellen,  
Mittlerfunktionen der Präjudizien. Eine rechtsvergleichende Studie, 1986
- Schmidhäuser, Schuldbegriff, 1985, 485 ff.**  
Schmidhäuser, Eberhard,  
Über den axiologischen Schuldbegriff des Strafrechts: Die unrechtlche Tatgesinnung, in: Vogler, Theo i.V.m. Herrmann, Joachim/ Krümpelmann, Justus/ Moos, Reinhard/ Triffterer, Otto/ Leibinger, Rudolf/ Schaffmeister, Dieter/ Meyer, Jürgen/ Hünerfeld, Peter/ Behrendt/ Hans-Joachim (Hrsg.), Festschrift für Hans-Heinrich Jescheck zum 70. Geburtstag, 1. Halbband, 1985, 485 ff.
- Schmidhäuser, Sinn, 1971**  
Schmidhäuser, Eberhard,  
Vom Sinn der Strafe, 2. Aufl. 1971
- Schmidhäuser, Strafrecht AT, Lb, 1975**  
Schmidhäuser, Eberhard,  
Strafrecht Allgemeiner Teil. Lehrbuch, 1970; 2. Aufl. 1975
- Schmidhäuser, Strafrecht AT, Stb, 1984**  
Schmidhäuser, Eberhard,  
Strafrecht Allgemeiner Teil. Studienbuch, 1982; 2. Aufl. 1984
- Schmidhäuser, Willkürlichkeit, ZStW 66 (1954), 27 ff.**  
Schmidhäuser, Eberhard,  
Willkürlichkeit und Finalität als Unrechtsmerkmal im Strafrechtssystem, ZStW 66 (1954), 27 ff.
- Schmidt, R. Strafrechtsreform, 1978**  
Schmidt, Richard,  
Die Strafrechtsreform in ihrer staatsrechtlichen und politischen Bedeutung. Kritische Beiträge zur Strafrechtsreform, Heft 15, 1912, Neudruck 1978
- Schmidtchen, Prävention 2003, 245 ff.**  
Schmidtchen, Diethelm,  
Prävention und Menschenwürde. Kants Instrumentalisierungsverbot im Lichte der ökonomischen Theorie der Strafe, in: Dölling, Dieter, Jus Humanum. Festschrift für Ernst Joachim Lampe zum 70. Geburtstag, 2004, 2003, 245 ff.
- Schmitz, Legitimität, 2001**  
Schmitz, Heinz-Gerd,  
Zur Legitimität der Kriminalstrafe: philosophische Erörterungen, 2001
- Schmoller, Argumentation, öJBL 1990, 631 ff.**  
Schmoller, Kurt,  
Zur Argumentation mit Maßstabsfiguren. Am Beispiel des durchschnittlich rechtstreuen Schwachsinnigen, öJbl 1990, 631 ff.
- Schmoller, Bedeutung, 1988**  
Schmoller, Kurt,  
Bedeutung und Grenzen des fortgesetzten Delikts. Zugleich ein Beitrag zur Lehre vom "beweglichen System", 1988
- Schneider, F., Philosophie, 1964**  
Schneider Friedrich,  
Philosophie der Gegenwart, 1964
- Schneider, H.-J., Kriminologie, 2013**  
Schneider, Hans-Joachim,  
Kriminologie: Grundlagen, 2013
- Schnell/ Hill/ Esser, Methoden, 1999**  
Schnell, R./ Hill, P./ Esser, E.,  
Methoden der empirischen Sozialforschung, 6. Aufl. 1999
- Schockenhoff, Willensfreiheit 2004**  
Schockenhoff, Eberhardt,  
Beruht die Willensfreiheit auf einer Illusion? Hirnforschung und Ethik im Dialog, 2004



- Schöch, Grundlagen, 1985, 1081 ff.** Schöch, Heinz,  
Empirische Grundlagen der Generalprävention, in: Vogler, Theo  
i.V.m. Hermann, Joachim/ Krümpelmann, Justus/ Moos, Reinhard/  
Triffterer, Otto /Leibinger, Rudolf/ Schaffmeister, Dieter/ Meyer,  
Jürgen/ Hünerfeld, Peter/ Behrendt, Hans-Joachim (Hrsg.),  
Festschrift für Hans-Heinrich Jescheck zum 70. Geburtstag, Band II,  
1985, 1081 ff.
- Schöch, Rechtswirklichkeit, 1996, 293 ff.** Schöch, Heinz,  
Die Rechtswirklichkeit und präventive Effizienz strafrechtlicher  
Sanktionen, in: Jehle, Jorg-Martin (Hrsg.): Kriminalprävention und  
Strafjustiz, 1996, S. 291 ff.
- Schönke/ Schröder, Bearbeiter, 1997** Schönke, Adolf/ Schröder, Horst,  
Eser, Lenckner, Stree in: Strafgesetzbuch, Kommentar, begründet  
von Adolf Schönke, fortgeführt von Horst Schröder, 25. Aufl., 1997
- Schopenhauer, Preisschrift, 1839/1988** Schopenhauer, Arthur,  
Preisschrift über die Freiheit des Willens, 1839, Werke in fünf  
Bänden, Ludger Lütkehaus, Ludger (Hrsg.), 1988, Bd. III
- Schopenhauer, Wurzel, 1891** Schopenhauer, Arthur,  
Über die vielfache Wurzel des Satzes vom zureichenden Grunde,  
1891
- Schramme, Empathie, 2013, 621 ff.** Schramme, Thomas,  
Empathie als der Kitt des moralischen Universums, Zeitschrift für  
philosophische Forschung 67 (4), 2013, 621 ff.
- Schreiber, Gesetz, 1976** Schreiber, Hans-Ludwig,  
Gesetz und Richter. Zur geschichtlichen Entwicklung des Satzes  
nullum crimen, nulla poena sine lege, 1976
- Schreiber, Schuld, 1983, 73 ff.** Schreiber, Hans-Ludwig,  
Schuld und Schuldunfähigkeit im Strafrecht, in: Schmidt-Hieber,  
Werner / Wassermann, Rudolf (Hrsg.), Justiz und Recht. Festschrift  
aus Anlaß des 10jährigen Bestehens der Deutschen Richterakademie  
in Trier, 1983, 73 ff.
- Schreiber, Schuld, Der Nervenarzt 48 (1977), 242 ff.** Schreiber, Hans-Ludwig,  
Was heißt heute strafrechtliche Schuld und wie kann der Psychiater  
bei ihrer Feststellung mitwirken?, Der Nervenarzt 48 (1977), 242 ff.
- Schreiber, Strafkonzeptionen, ZStW 94 (1982), 279 ff.** Schreiber, Hans-Ludwig,  
Widersprüche und Brüche in heutigen Strafkonzeptionen, ZStW 94  
(1982), 279 ff.
- Schroeder, Carolina, 1986** Schroeder, Friedrich-Christian,  
Die Carolina. Die peinliche Gerichtsordnung Kaiser Karls des V. von  
1532. Schroeder, Friedrich-Christian (Hrsg.), 1986
- Schüler-Springorum, Resozialisierung, 1982, 503 ff.** Schüler-Springorum, Horst,  
Mehrfach auffällig. Untersuchungen zur Jugendkriminalität, 1982
- Schulz, Hansjürgen, Alternativen, JA 1982, 518 ff.** Schulz, Hansjürgen,  
Alternativen zum Schuldstrafrecht, Juristische Arbeitsblätter 1982,  
518 ff.
- Schumann, Beweisbarkeit, 1998, 17 ff.** Schumann, Karl F.,  
Empirische Beweisbarkeit der Grundannahmen von positiver  
Generalprävention, in: Schünemann, Bernd/ von Hirsch, Andrew/  
Jareborg, Nils (Hrsg.), Positive Generalprävention, 1998, 17 ff.
- Schumann, Generalprävention, 1989** Schumann, Karl F.,  
Positive Generalprävention. Ergebnisse und Chancen einer  
Forschung; Forum Rechtswissenschaft 21, 1989
- Schünemann, Stellung, 2000, 1 ff.** Schünemann, Bernd,  
Die Stellung des Opfers im System der Strafrechtspflege, in:  
Schünemann, Bernd/ Dubber, Markus, Die Stellung des Opfers im  
Strafrechtssystem. Neue Entwicklungen in Deutschland und den  
USA, 2000, 1 ff.
- Schünemann, Strafrechtswissenschaft, GA 1986, 293 ff.** Schünemann, Bernd,  
Die deutschsprachige Strafrechtswissenschaft nach der  
Strafrechtsreform im Spiegel des Leipziger Kommentars und des

- Schünemann, Tendenzen, JA 1975, 575 ff. 224**  
 Schünemann, Bernd,  
 Moderne Tendenzen in der Dogmatik der Fahrlässigkeits- und Gefährdungsdelikte, JA 1975, 575 ff.
- Schünemann, Unterschichtsstrafrecht, 2000, 15 ff.**  
 Schünemann, Bernd,  
 Vom Unterschichts- zum Oberschichtsstrafrecht? Ein Paradigmenwechsel im moralischen Anspruch?“, in: Kühne/Miyazawa (Hrsg.), Alte Strafrechtsstrukturen und neue gesellschaftliche Herausforderungen in Japan und Deutschland, 2000, 15 ff.
- Schünemann, Funktion, 1984, 153 ff.**  
 Schünemann, Bernd,  
 Die Funktion des Schuldprinzips im Präventionsstrafrecht, in: Schünemann, Bernd (Hrsg.), Grundfragen des modernen Strafrechtssystems, 1984, 153 ff.
- Schwind, Kriminologie, 2016**  
 Schwind, Hans-Dieter,  
 Kriminologie und Kriminalpolitik  
 Eine praxisorientierte Einführung mit Beispielen, 23. Aufl. 2016
- Seelmann, Anerkennungsverlust, 1995**  
 Seelmann, Kurt,  
 Anerkennungsverlust und Selbstsubsumtion: Hegels Straftheorien, 1995
- Seelmann, Hegel, JuS 1979, 687 ff.**  
 Seelmann, Kurt,  
 Hegels Straftheorie in seinen "Grundlinien der Philosophie des Rechts", JuS 1979, 687 ff.
- Seelmann, Schwierigkeiten, 2004, 151 ff.**  
 Seelmann, Kurt,  
 Schwierigkeiten der Alternativdebatte im Strafrecht, in: Radtke, Henning / Müller, Egon / Britz, Guido / Koriath, Heinz/ Müller-Dietz, Heinz (Hrsg.), Muss Strafe sein? Kolloquium zum 60. Geburtstag von Herrn Professor Dr. Dr. h. c. Heike Jung, 2004, 151 ff.
- Seelmann, Vertragsmetaphern, 1991, 441 ff.**  
 Seelmann, Kurt,  
 Vertragsmetaphern zur Legitimation des Strafens im 18. Jahrhundert, in: Stolleis, Michael u.a. (Hrsg.), Festschrift für Sten Gagnér, 1991, 441 ff.
- Seelmann/Demko, Rechtsphilosophie, 2014**  
 Seelmann, Kurt / Demko, Daniela,  
 Rechtsphilosophie, 6. Aufl., 2014
- Seher, Liberalismus, 2000**  
 Seher, Gerhard,  
 Liberalismus und Strafe. Zur Strafrechtsphilosophie von Joel Feinberg, 2000
- Seitelberger, Aspekte, 1980**  
 Seitelberger, Franz,  
 Neue Aspekte und Erkenntnisse der Gehirnforschung: Freiheit und Verantwortung des Menschen, 1980
- Seitelberger, Grundlagen, 1981, 35 ff.**  
 Seitelberger, Franz,  
 Neurobiologische Grundlagen der menschlichen Freiheit. in: Böhme, W., Mensch und Kosmos, 1981, 35 ff.
- Seneca, De ira, 1999**  
 Seneca, Lucius Annaeus,  
 Philosophische Schriften, Rosenbach, Manfred (Hrsg., Übers.), 5. Aufl. 1999, De ira, Bd. I, Dialoge I-VI; De ira
- Siep, Naturgesetz, 1993, 132 ff.**  
 Siep, Ludwig,  
 Naturgesetz und Rechtsgesetz, in: Krawietz, Werner/Gerhardt, Volker (Hrsg.), Beiträge zu Ehren von Friedrich Kaulbach, 1993, 132 ff.
- Simson, Grotius, 1985, 651 ff.**  
 Simson, Gerhard,  
 Hugo Grotius und die Funktion der Strafe, in: Schwind, Hans-Dieter i.V.m. Berz, Ulrich/ Geilen, Gerd/ Herzberg, Rolf-Dietrich/ Warda, Günter (Hrsg.), Festschrift für Günter Blau zum 70. Geburtstag am 18. Dezember 1985; 651 ff.
- Singer, brain, 2009, 321 ff.**  
 Singer, Wolf,  
 The brain, a complex self-organizing system, European Review 17 (2) (2009), 321 ff.

- Singer, Problem, 2009, 233 ff.** Singer, Wolf,  
Zum Problem der Willensfreiheit. Selbsterfahrung und neurobiologische Fremdbeschreibung: Zwei sich widersprechende Erkenntnisquellen, in: Rosenzweig, Rainer (Hrsg.), Nicht wahr?! Sinneskanäle, Hirnwindungen und Grenzen der Wahrnehmung, 2009, 233 ff.
- Sinn, Straffreistellung, 2007** Sinn, Arndt,  
Straffreistellung aufgrund von Drittverhalten: Zurechnung und Freistellung durch Macht, 2007
- SK StGB Bearbeiter, 2017** Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch,  
Wolter, Jürgen (Hrsg.), Band I §§ 1-37 StGB, 9. Aufl., 2017
- Sodan, Grundgesetz, 2015** Sodan, Helge,  
Grundgesetz: GG, 3. Aufl. 2015
- Spendel, Grundfragen, 1957, 39 ff.** Spendel, Günter,  
Grundfragen jeder Strafrechtsreform. Eine Studie zur Systematik des Strafrechtes, in: Hohenleitner, Siegfried/ Lindner, Ludwig/ Nowakowski, Friedrich (Hrsg.), Festschrift für Theodor Rittler zum 80. Geburtstag, 1957, 39 ff.
- Spohn, Kern, 2012, 71 ff.** Spohn, Wolfgang,  
Der Kern der Willensfreiheit. in: Sturma, Dieter, (Hrsg.). Vernunft und Freiheit: zur praktischen Philosophie von Julian Nida-Rümelin, 2012, 71 ff.
- SSW StGB, Bearbeiter, 2017** Satzger, Helmut / Schluckebier, Wilhelm / Widmaier, Gunter (Hrsg.),  
StGB - Strafgesetzbuch: Kommentar, 3. Aufl., 2017
- Sternberg-Lieben, Rechtsgut, 2003, 65 ff.** Sternberg-Lieben, Detlev,  
Rechtsgut, Verhältnismäßigkeit und die Freiheit des Gesetzgebers, in: Hefendehl / Hirsch/ Wohlers (Hrsg.), Die Rechtsgutstheorie – Legitimationsbasis des Strafrechts oder dogmatisches Glasperlenspiel?, 2003, 65 ff.
- Stoß, Vorentwurf, 1983** Stoß, Carl,  
Vorentwurf zu einem Schweizerischen Strafgesetzbuch, Allgemeiner Teil (ausgearbeitet im Auftrag des Bundesrates), 1893
- Stratenwerth, Anfragen, 1998, 495 ff.** Stratenwerth, Günter,  
Kritische Anfragen an eine Rechtslehre nach „Freiheitsgesetzen“, in: Zaczyk, Rainer/ Köhler, Michael/ Kahlo, Michael (Hrsg.), Festschrift für E. A. Wolff zum 70. Geburtstag am 1. 10. 1998, 1998, 495 ff.
- Stratenwerth, Strafrecht AT I, 2000** Stratenwerth, Günter,  
Strafrecht Allgemeiner Teil. 1. Die Straftat, 4. Aufl. 2000
- Stratenwerth, Zukunft, 1971** Stratenwerth, Günter,  
Die Zukunft des strafrechtlichen Schuldprinzips, 1977
- Strawson, P., Einzelding, 1972** Strawson, Peter F.,  
Einzelding und logisches Subjekt. Ein Beitrag zur deskriptiven Metaphysik, 1972
- Strawson, P., Freedom, 1974** Strawson, Peter F.,  
Freedom and Resentment and Other Essays, 1974
- Strawson, G., Consciousness, Inquiry 32 (1989), 3ff.** Strawson, Galen,  
Consciousness, Free Will, and the Unimportance of Determinism, Inquiry 32 (1989), 3 ff.
- Streng, Praktikabilität, 2001, 875 ff.** Streng, Franz,  
Praktikabilität und Legitimität bei der „Spielraumtheorie“ – Perspektiven einer Strafzumessungstheorie angesichts neuer Befunde und Entwicklungen-, in: Britz, Guido/Jung, Heike/Koriath, Heinz/Müller, Egon, (Hrsg.) Grundfragen des Strafens, Festschrift für Heinz Müller-Dietz zum 70. Geburtstag, 2001, 875 ff.
- Streng, Sanktionen, 2012** Streng, Franz,  
Strafrechtliche Sanktionen: Die Strafzumessung und ihre Grundlagen, 3. Aufl. 2012
- Streng, Schuld, ZStW 92 (1980), 637 ff.** Streng, Franz,  
Schuld, Vergeltung, Generalprävention. Eine tiefenpsychologische Rekonstruktion strafrechtlicher Zentralbegriffe, ZStW 92 (1980), 637

- Stuckenberg, Rechtsgüterschutz, ZStW 2017, 349 ff.**  
Stuckenberg, Carl-Friedrich, Rechtsgüterschutz als Grundvoraussetzung von Strafbarkeit ?, ZStW 129 (2017), 349 ff.
- Stuckenberg, Schuldprinzip, GA 2016, 689 ff.**  
Stuckenberg, Carl-Friedrich, Schuldprinzip und Wahrheitserforschung. Bemerkungen zum Verhältnis von materiellem Recht und Prozessrecht, GA 2016, 689 ff.
- Suppa, Mensch, 2003**  
Suppa, Gianni, Der vernünftige Mensch im Strafrecht: eine metaphysische Würdigung ausgewählter juristischer und nichtjuristischer Handlungslehren, Eine metaphysische Würdigung ausgewählter juristischer und nichtjuristischer Handlungslehren, 2003
- Sykes/Matza, Techniken, 1979, 360 ff.**  
Sykes, Gresham/ Matza, David, Techniken der Neutralisierung: Eine Theorie der Delinquenz, in: Sack/König (Hrsg.), Kriminalsoziologie, 3. Aufl. 1979, 360 ff.
- Teubner, Standards, 1971**  
Teubner, Gunther, Standards und Direktiven in Generalklauseln. Möglichkeiten und Grenzen der empirischen Sozialforschung bei der Präzisierung der Gute-Sitten-Klauseln im Privatrecht; Studien und Texte zur Theorie und Methodologie des Rechts, Band 8, 1971
- Thurmann, Deviance, 1984, 291 ff.**  
Thurman, Quint C., Deviance and the Neutralization of Moral Commitment: An Empirical Analysis. Deviant Behavior (5) (1984), 291 ff.
- Tiedemann, K., Verfassungsrecht, 1991**  
Tiedemann, Klaus, Verfassungsrecht und Strafrecht; Juristische Studiengesellschaft Karlsruhe. Schriftenreihe, H 196, 1991
- Tiedemann, P., Tatbestandsfunktionen, 1996**  
Tiedemann, Paul, Tatbestandsfunktion im Nebenstrafrecht, 1969
- Tiemeyer, Grundlagenprobleme, GA 1986, 203 ff.**  
Tiemeyer, Jürgen, Grundlagenprobleme des normativen Schuldbegriffs, GA 1986, 203 ff.
- Tiemeyer, Möglichkeit, ZStW 100 (1988), 527 ff.**  
Tiemeyer, Jürgen, Zur Möglichkeit eines erfahrungswissenschaftlich gesicherten Schuldbegriffs, ZStW 100 (1988), 527 ff.
- Topitsch, Probleme, 1980, 15 ff.**  
Topitsch, Ernst, Sprachlogische Probleme der sozialwissenschaftlichen Theoriebildung, in: Derselbe (Hrsg.), Logik der Sozialwissenschaften; Neue wissenschaftliche Bibliothek, 10. Aufl., 1980, 15 ff.
- Triffterer, Strafrecht, 1985**  
Triffterer, Otto, Österreichisches Strafrecht. Allgemeiner Teil. Unter Mitarbeit von Schmoller, Kurt, 1985
- Trotha, Distanz, 1987**  
Trotha, Trutz von, Distanz und Nähe. Über Politik, Recht und Gesellschaft zwischen Selbsthilfe und Gewaltmonopol, 1987
- Trübner, Deutsches Wörterbuch, 1955**  
Trübner, Karl, Deutsches Wörterbuch, Band 6 (S), 1955; Band 7 (T - V), 1956
- Tugendhat, Begriff, 1992, 334 ff.**  
Tugendhat, Ernst, Der Begriff, der Willensfreiheit, in: ders., Philosophische Aufsätze, 1992, 334 ff.
- Volk, Strafe, ZStW 83 (1971), 405 ff.**  
Volk, Klaus, Der Begriff der Strafe in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, ZStW 83 (1971), 405 ff.
- Vormbaum, Einführung, 2015**  
Vormbaum, Thomas, Einführung in die moderne Strafrechtsgeschichte, 3. Aufl., 2015
- Wadle, Landfrieden, 1995, 71 ff.**  
Wadle, Elmar, Der Ewige Landfrieden von 1495 und das Ende der mittelalterlichen Friedensbewegung, in: Helm, Claudia (Bearb.), 1495 – Kaiser-Reich-Reformen, 1995, 71 ff.

- Wagner, H., Bedeutung, GA 1972, 32 ff.**  
Wagner, Heinz,  
Die selbständige Bedeutung des Schuldspruchs im Strafrecht insbesondere beim Absehen von Strafe gem. § 16 StGB, GA 1972, 32 ff.
- Waldstein, Willensfreiheit, 1978, 329 ff.**  
Waldstein, Wolfgang,  
Willensfreiheit und rechtliche Ordnung, in: Strasser, Rudolf/Schwimann, Michael/ Hoyer, Hans (Hrsg.), Festschrift für Fritz Schwind zum 65. Geburtstag. Rechtsgeschichte, Rechtsvergleichung - Rechtspolitik, 1978, 329 ff
- Walter, M., Angebote, 1987, 256 ff.**  
Walter, Michael,  
Angebote ambulanter Behandlung: Ein Ausweg aus dem Vollzugsdilemma? - Zur Stellung und Funktion ambulanter Maßnahmen im strafrechtlichen Sanktionensystem, in: Sievering, Ulrich (Hrsg.), Behandlungsvollzug - Evolutionäre Zwischenstufe oder historische Sackgasse ?, 1987, 256 ff.
- Walter, H., Neuropsychologie, 1998**  
Walter, Henrik,  
Neuropsychologie der Willensfreiheit. Von libertarischen Illusionen zum Konzept natürlicher Autonomie, 1998
- Walther, Rechtsbruch, 2000**  
Walther, Susanne,  
Vom Rechtsbruch zum Realkonflikt. Grundlagen und Grundzüge einer Wiedergutmachung und Strafe verbindenden Neuordnung des kriminalrechtlichen Sanktionensystems, 2000
- Weber, H.-M., Abschaffung, 1999**  
Weber, Hartmut-Michael,  
Die Abschaffung der lebenslangen Freiheitsstrafe. Für eine Durchsetzung des Verfassungsanspruchs, 1999
- Weigend, Strafe, RW 2010, 40 ff.**  
Weigend, Thomas,  
„Die Strafe für das Opfer?“ - Zur Renaissance des Genußgedankens im Straf- und Strafverfahrensrecht, Rechtswissenschaft 2010, 40 ff.
- Weinberger, O., Norm, 1988**  
Weinberger, Ota,  
Norm und Institution, 1988
- Weißer, Bettina, Konzept, GA 2013, 26 ff.**  
Weißer, Bettina,  
Ist das Konzept strafrechtlicher Schuld nach § 20 StGB durch die Erkenntnisse der Neurowissenschaften widerlegt?, GA 2013, 26 ff.
- Weitzel, Strafgedanke, 2007, 21 ff.**  
Weitzel, Jürgen,  
Strafgedanke im frühen Mittelalter, in: Hilgendorf, Eric/Weitzel, Jürgen (Hrsg.), Der Strafgedanke in seiner historischen Entwicklung. Ringvorlesung zur Strafrechtsgeschichte und Strafrechtsphilosophie, 2007, 21 ff.
- Welzel, Gedanken, 1969, 91 ff.**  
Welzel, Hans,  
Gedanken zur "Willensfreiheit", in: Bockelmann, Paul/ Kaufmann, Arthur/ Klug, Ulrich (Hrsg.), Festschrift für Karl Engisch zum 70. Geburtstag, 1969, 91 ff.
- Welzel, Naturalismus, 1935**  
Welzel, Hans,  
Naturalismus und Wertphilosophie im Strafrecht. Untersuchungen über die ideologischen Grundlagen der Strafrechtswissenschaft, 1935
- Welzel, Naturrecht, 1960, 1980**  
Welzel, Hans,  
Naturrecht und materiale Gerechtigkeit; Jurisprudenz in Einzeldarstellungen, Band 4, 2. Aufl. 1960 (inzwischen 4. Aufl. 1962; Nachdruck 1980)
- Welzel, Persönlichkeit, ZStW 60 (1948), 428 ff.**  
Welzel, Hans,  
Persönlichkeit und Schuld, ZStW 60 (1948) 428 ff.
- Welzel, Strafrecht, 1969**  
Welzel, Hans,  
Das Deutsche Strafrecht. Eine systematische Darstellung, 11. Aufl. 1969
- Wessels/Beulke/Satzger, Strafrecht AT, 2016**  
Wessels, Johannes / Beulke, Werner / Satzger, Helmut,  
Strafrecht. Allgemeiner Teil. Die Straftat und ihr Aufbau, 46. Aufl., 2016
- Wiener, Persönlichkeit, ZfL 27 (1987), 92 ff.**  
Wiener, Oswald,  
Persönlichkeit und Verantwortung (Materialien zu und aus meinem

- Versuch "Poetik im Zeitalter naturwissenschaftlicher Erkenntnistheorien" bei Matthes und Seitz, 1988); Manuskripte, Zeitschrift für Literatur 27 (1987), 92 ff.
- Willoweit, Rache, 2007, 37 ff.**  
Willoweit, Dietmar,  
Rache und Strafe, Sühne und Kirchenbuße, Sanktionen für Unrecht an der Schwelle zur Neuzeit, in: Hilgendorf, Eric/Weitzel, Jürgen (Hrsg.), Der Strafgedanke in seiner historischen Entwicklung, Ringvorlesung zur Strafrechtsgeschichte und Strafrechtsphilosophie, 2007, 37 ff..
- Wilfert, Strafe, 2017**  
Wilfert, Marei Verena,  
Strafe und Strafgesetzgebung im demokratischen Verfassungsstaat, 2017
- Wilson, J. Q., Thinking, 1983**  
Wilson, James Q.,  
Thinking about Crime, 2. Aufl. 1983
- Winkel, Behavior, 1997, 65 ff.**  
Winkel, Frans, W.,  
Criminal Behavior and the Pre-Victimization Process, in: Redondo, Santiago / Garrido, Vicente / Pérez, Jorge / Barberet, Rosemary (ed), Advances in Psychology and Law, 1997, 65 ff.
- Wohlers, Deliktstypen, 2000**  
Wohlers, Wolfgang,  
Deliktstypen des Präventionsstrafrechts – zur Dogmatik "moderner" Gefährdungsdelikte, 2000
- Wolff, Handlungsbegriff, 1964**  
Wolff, Ernst Amadeus,  
Der Handlungsbegriff in der Lehre vom Verbrechen, 1964
- Wolff, Kausalität, 1965**  
Wolff, Ernst Amadeus,  
Kausalität von Tun und Unterlassen: Eine strafrechtliche Untersuchung, 1965
- Wolff, Verständnis, ZStW 97 (1985), 786 ff.**  
Wolff, Ernst Amadeus,  
Das neue Verständnis von Gewaltprävention und seine Tauglichkeit für eine Antwort auf Kriminalität, ZStW 97 (1985), 786 ff.
- Wolter, Zurechnung, 1981**  
Wolter, Jürgen,  
Objektive und personale Zurechnung von Verhalten, Gefahr der Verletzung in einem funktionalen Straftatsystem; Strafrechtliche Abhandlungen, N.F., Band 40, 1981
- Wright, Erklären, 1984**  
Wright, Georg Henrik von,  
Erklären und Verstehen, 2. Aufl. 1984
- Zabel, Schuldtypisierung, 2007**  
Zabel, Benno,  
Schuldtypisierung als Begriffsanalyse: Tiefenstrukturen moderner Praxisformen und deren strafrechtliche Transformation, 2007
- Zaczyk, Fiat iustitia, 2006, 649 ff.**  
Rainer Zaczyk,  
Fiat iusticia, pereat mundus. Zu Kants Übersetzung der Sentenz, in: Fiat iustitia. Recht als Aufgabe der Vernunft. Festschrift für Peter Krause, 2006, 649 ff.
- Zaczyk, Notwendigkeit, ZStW 123 (2011), 701 ff.**  
Zaczyk, Rainer,  
Die Notwendigkeit systematischen Strafrechts, ZStW 123 (2011), 701 ff.
- Zaczyk, Unrecht, 1989**  
Zaczyk, Rainer,  
Das Unrecht der versuchten Tat; Schriften zum Strafrecht, Heft 80, 1989
- Zielcke, Sache, Merkur 1986, 203 ff.**  
Zielcke, Andreas,  
Die halbe Sache der Moral, Merkur 1986, 203 ff.
- Zieschang, Sanktionensystem, 1992, 448 ff.**  
Zieschang, Frank,  
Das Sanktionensystem in der Reform des französischen Strafrechts im Vergleich mit dem deutschen Strafrecht; Hirsch, Hans Joachim/ Kohlmann, Günther/ Walter, Michael/ Weigend, Thomas (Hrsg.), Kölner Kriminalwissenschaftliche Schriften, Band 6, 1992, 448 ff.
- Zimmermann, F., Unrechtsbewusstsein, NJW 1954, 908 ff.**  
Zimmermann, F.,  
Unteilbares und tatbestandsbezogenes Unrechtsbewußtsein, NJW 1954, 908 ff.
- Zipf, Behandlung, 1989, 439 ff.**  
Zipf, Heinz,  
Die Behandlung des Rückfalls und der Vorstrafen nach Aufhebung

**Zippelius, Recht, 1996**

**Zippelius, Verwendung, 1996, 224 ff.**

**Zürcher, Legitimation, 2014**

des § 48 StGB, in: Jescheck, Hans-Heinrich/ Vogler, Theo (Hrsg.):  
Festschrift für Herbert Tröndle zum 70. Geburtstag, 1989, 439 ff.

Zippelius, Reinhold,

Recht und Gerechtigkeit in der offenen Gesellschaft, 2. Aufl. 1996

Zippelius, Reinhold,

Die Verwendung von Typen in Normen und Prognosen, in:  
Bockelmann, Paul/ Kaufmann, Arthur/ Klug, Ulrich (Hrsg.):  
Festschrift für Karl Engisch zum 70. Geburtstag, 1969, 224 ff.

Zürcher, Tobias,

Legitimation von Strafe. Die expressiv-kommunikative Straftheorie  
zur moralischen Rechtfertigung von Strafe, 2014